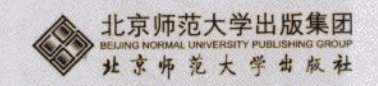
第三届当代刑事司法论坛
THE THIRD CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE FORUM

经济领域中诈骗犯罪司法疑难问题

JINGJILINGYU ZHONG ZHAPIANFANZUI SIFA YINANWENTI

主　编◎赵秉志
副主编◎刘志伟　傅跃建

诈骗犯罪是最古老的犯罪形式之一，也是目前刑事司法领域最多发的犯罪种类。随着经济形态的复杂多样，诈骗犯罪手段不断翻新，由此衍生出融资型诈骗，利用有价证券、保险、合同等方式诈骗的众多诈骗犯罪形式。本书拟从实务出发，结合理论研究探讨相关疑难问题，以期深化我国诈骗犯罪的研究。





经济领域中诈骗犯罪司法疑难问题

JINGJILINGYU ZHONG ZHAPIANFANZUI
SIFA YINANWENTI

主　编　赵秉志
副主编　刘志伟　傅跃建
主编助理　周振杰



图书在版编目(CIP)数据

经济领域中诈骗犯罪司法疑难问题／赵秉志主编.—北京：北京师范大学出版社，2012.5

ISBN 978-7-303-14311-5

Ⅰ.①经… Ⅱ.①赵… Ⅲ.①经济－诈骗－研究－中国 Ⅳ.①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 056548 号

营销中心电话　010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网　http://gaojiao.bnup.com.cn
电子信箱　beishida168@126.com

出版发行：北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码：100875
印　　刷：北京京师印务有限公司
经　　销：全国新华书店
开　　本：155 mm × 235 mm
印　　张：29
字　　数：477 千字
版　　次：2012 年 5 月第 1 版
印　　次：2012 年 5 月第 1 次印刷
定　　价：65.00 元

策划编辑：李洪波　　责任编辑：李洪波
美术编辑：毛　佳　　装帧设计：毛　佳
责任校对：李　菡　　责任印制：李　啸

前　言

北京师范大学刑事法律科学研究院作为我国刑事法学领域首家且目前唯一的具有独立性、实体性、综合性的学术研究机构，自 2005 年 8 月创立以来，一直非常关注和重视研究我国在建设社会主义法治国家进程中的现实问题，并加强与各级司法机关的交流与合作。北京师范大学刑事法律科学研究院成立六年来，先后与最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等中央政法机关的 14 个相关研究机构、业务部门和北京市人民检察院、广东省人民检察院、西藏自治区人民检察院、河南省高级人民法院、宁夏回族自治区人民检察院等 16 个地方司法机关建立了良好而密切的交流合作关系。为了进一步加强法学研究与司法实践之间的有机联系，研讨刑事司法实务中存在的各种重点、难点、热点问题，促进刑事法学理论和司法实务的共同发展，2009 年年初，北京师范大学刑事法律科学研究院与该院建立交流合作关系的北京市海淀区人民检察院、北京市石景山区人民检察院、北京市房山区人民检察院、河南省洛阳市人民检察院、河南省焦作市中级人民法院、河南省焦作市人民检察院、湖北省宜昌市中级人民法院、浙江省义乌市人民检察院、福建省石狮市人民检察院、河北省围场县人民检察院等地方司法机关通力合作，联合创办了"当代刑事司法论坛"。当代刑事司法论坛作为国内首次由教学科研机构与司法实务部门之间共同打造的常设性刑事司法实务交流合作平台，不仅为科研机构与司法部门之间的交流合作开创了新的模式，而且有助于推动法学理论研究与司法实务之间的紧密结合和良性互动。

首届论坛于 2009 年 7 月 21 日至 22 日在河北省承德市举行，主题为"社会经济稳定的刑事司法保障"；第二届论坛于 2010 年 8 月 18 日至 19 日在贵州省贵阳市举行，主题为"黑社会性质组织犯罪的惩治与防范"和"关于两院三部发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的研讨"。前两届论坛的论文已分别结集由北京师范大学出版社出版，并取得了良好的效果。

延续前两届论坛的成功经验，北京师范大学刑事法律科学研究院在凯恩集团及其董事长王白浪先生的大力支持下，于 2011 年 8 月 17

日至18日在浙江省遂昌县隆重举行了第三届论坛，来自最高人民法院、最高人民检察院、司法部等中央和地方的20余家政法机关与北京师范大学、武汉大学、吉林大学、西南政法大学、西北政法大学、中国人民公安大学、南京大学等10余所高等法律院校的专家学者共计80余人参加了本届论坛。在为期一天半的会议中，与会专家学者围绕“经济领域中诈骗犯罪司法疑难问题”的主题进行了广泛而深入的研讨。

为了充分展示本届论坛的研讨成果，我们从与会专家学者提交会议的论文中挑选出45篇，分“诈骗犯罪的共性问题”和“诈骗犯罪的具体问题”上、下两编，编辑成册并由北京师范大学出版社出版。为了编排的需要，我们从字句、段落、排版等方面对其中的一些论文进行了必要的修改。本书由我担任主编，由北师大刑科院刘志伟教授担任副主编，由北师大刑科院周振杰副教授担任主编助理。刘志伟教授、周振杰副教授协助主编做了大部分的编务工作。

第三届当代刑事司法论坛的成功举办，得益于各合作单位和与会专家学者的大力支持，尤其是北京师范大学刑事法律科学研究院兼职研究员、浙江金华人民警察学校的傅跃建教授所做的贡献良多，本文集不仅顺利出版而且装帧精美端赖于鼎力支持北京师范大学刑事法律科学研究院学术事业的北京师范大学出版社和各位编辑的辛勤而卓有成效的劳动，对此我们深表敬意和谢忱！

北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长
中国刑法学研究会会长
赵秉志教授　　谨识
2012年3月

目　录

上　编　诈骗犯罪的共性问题

下　编　诈骗犯罪的具体问题

上　编

诈骗犯罪的共性问题

论诈骗犯罪主观目的的认定

高铭暄[*] 孙道萃[**]

一、问题界定与研究路径

诈骗犯罪是国民身边最常见的犯罪之一，亦是一种发展变化十分迅速的犯罪类型。在我国，诈骗犯罪是一个罪名的集合体，最为通俗的说法是指通过虚构事实和隐瞒真相等手段骗取他人财物且数额较大的犯罪行为。但就范围而言，除了普通的财产型诈骗罪(《刑法》第266条)以外，还包括破坏社会主义市场经济秩序罪中的金融诈骗罪(《刑法》分则第三章第五节)和合同诈骗罪(《刑法》第224条)。一般认为，金融诈骗罪和普通诈骗罪之间是特别法条和普通法条的关系，合同诈骗罪与普通诈骗罪也依此通用。① 从历史溯源看，由于受经济体制和金融业发展等因素的影响，1979年《刑法》只在第151和152条中规定了诈骗罪，并未规定金融诈骗罪和合同诈骗罪。随着社会主义市场经济体制的建立和我国金融业的发展，增设专门规定金融类的诈骗罪很有必要。为此，1995年的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》(简称《决定》，下同)，将集资诈骗、贷款诈骗、票据诈骗、信用证诈骗、信用卡诈骗、保险诈骗六种行为规定为独立的犯罪。1997年修订刑法采纳了上述《决定》的意见，并增设了金融凭证诈骗罪和有价证券诈骗罪，并在《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中独立为第五节“金融诈骗罪”。② 合同诈骗罪是市场经济发展的产物，1979年《刑法》虽没有规定合同诈骗罪，但最高人民法院为了区分其与合同纠纷的界限，在1985年颁布的《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律

* 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》(第4版)，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2010，第574页。

② 此外，2004年颁布的《关于中华人民共和国有关信用卡规定的解释》和2005年的《刑法修正案(五)》对信用卡诈骗罪分别进行了解释和修订。

的若干问题的解答(试行)》中规定:个人、国营单位或集体经济组织采取合同的方式骗取财物,应以诈骗罪追究刑事责任。[①] 1996年最高人民法院发布的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》(简称《解释》,下同)规定,根据《刑法》(指1979年《刑法》,笔者注)第151和152条的规定,利用经济合同诈骗他人财物数额较大的构成诈骗罪。这些规定为专门规定合同诈骗罪提供了实践基础,并在1997年《刑法》中最终得以实现。因此,以诈骗这一常见的犯罪形式为载体的犯罪类型可以分为三类:财产型的(普通)诈骗罪、破坏市场经济秩序型的金融诈骗罪和合同诈骗罪,这也是本文的基本逻辑起点和研讨范围。

诈骗犯罪是司法实践中的认定难点之一,其一就在于如何区分诈骗犯罪与一般的民事欺诈和合同违约等情形,而这又取决于是否存在"非法占有"或"不法占有"的主观目的。但非法占有作为主观心态,往往是难以直接认定的,而是需要通过诸多的客观事实加以辅证和推定,[②] 进而在主客观相统一的规制下定罪处罚。目前,理论界对诈骗犯罪中一些特殊的金融诈骗罪是否要求"非法占有"目的尚存在争议,因为法条上只明确规定了集资诈骗罪和贷款诈骗罪有。至于普通诈骗罪和合同诈骗罪,理论通说认为需要"非法占有"的主观目的,而且仅限于直接故意的情形。[③] 笔者以为,传统理论是可取的,亦符合司法实践中的客观需要,有助于司法机关准确地定罪量刑。简言之,在司法实践层面上,诈骗罪的难点和重点之一集中在如何认定"非法占有"的主观目的,根据马克思唯物辩证主义的基本原理,主观见之于客观,客观反映主观。在我国,主客观相统一是刑法的基本原则,追究刑事责任必须同时具备主客观方面的条件,并要求主客观方面条件的有机统一。[④] 此外,从证据运用和证明责任看,刑事主观事实需要通过客

① 该解答规定:个人明知自己并无履行合同的实际能力或担保,以骗取财物为目的,采取欺诈手段与其他单位、经济组织或个人签订合同,骗取财物数额较大的,应以诈骗罪追究刑事责任。个人有部分履行合同的能力或担保,虽经过努力,但由于某些原因造成不能完全履行合同的,应按经济合同纠纷处理;国营单位或集体经济组织,不具备履行合同的能力,而其主管人员和直接责任人员以骗取财物为目的,采取欺诈手段同其他单位或个人签订合同,骗取财物数额较大的,给对方造成了严重经济损失的,应按诈骗罪追究其主管人员和直接责任人员的刑事责任。如果对方索取,已将所诈骗财物归还的,可以从宽处理。

② 李富成:《刑事推定研究》,北京:中国人民公安大学出版社,2008,第75～99页。

③ 王作富主编:《刑法分则实务研究(中)》(第4版),北京:中国方正出版社,2010,第749、1086页。

④ 赵秉志主编:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社,2007,第62页。

观事实来认定。因而，诈骗犯罪中的“不法占有”之主观心态需要通过整合诸多客观事实，在刑事证明原理的指导下适当地使用刑事推定等制度来认定“非法占有”，这亦是解决当前这一司法难题的核心命题。[①]

二、诈骗犯罪主观目的的具体认定

(一)普通诈骗罪的主观目的认定

诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取公私财物，数额较大的行为。一般认为，本罪的主观方面是直接故意，且以非法占有为目的。在司法实践中，认定本罪的难点除了与金融诈骗罪和合同诈骗罪之间的法条竞合外，主要是划清与借贷纠纷和其他民事欺诈行为之间的界限。就一般的借款纠纷等民事法律关系而言，其特点在于以下客观事实：借贷双方的社会关系存在着亲密程度和互信度；借贷原因和不能如期归还的原因上，行为人一般都事出有因，不能如期归还是遇到了不可抗力或者意志以外的客观困难；在是否归还上，行为人主观意志是积极主动归还，是有相应的诚意和实际行动，而不是完全没有归还的意思，也不是消极对待和放任不管，如赖账行为和逃跑行为等。[②] 而就民事欺诈行为而言，虽然客观上存在欺诈的行为，但没有非法占有的目的。非法占有目的，是指排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。[③] 民事欺诈是一种违背诚实信用原则的行为，作为意思表示不自由的情形，民事欺诈行为可以作为无效的或者可撤销的民事行为予以处理。[④] 因而，这二者与诈骗罪的区别还是明显的。

诈骗罪作为一种故意犯罪，行为人明知自己的行为是一种欺骗行为，会导致他人发生错误认识，并对财产作出错误的处理，但行为人为了达到非法占有他人财物的目的，却希望这一危害结果的发生，这一心理态度是一种直接故意，而不可能是间接故意。诈骗罪是一种智力型犯罪，被害人受骗的前提是行为人使用了欺骗手段。无论行为人最初的心理态度如何，最终必定表现为非法占有他人财物，这只能是

---

① 康怀宇：《刑事主观事实证明问题研究》，北京：法律出版社，2010，第 33～38 页。

② 赵秉志主编：《刑法新教程》(第 3 版)，北京：中国人民大学出版社，2009，第 563～564 页。

③ 张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》，2005(5)：76。

④ 魏振瀛主编：《民法》(第 3 版)，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2007，第 26、152、165 页。

直接故意。诈骗罪是一种目的型犯罪，其目的就是非法占有他人财物，从司法实践看，其故意及非法占有的主观目的往往表现为：(1)行为人在行为时就存在明显的犯罪故意，即一开始就有非法占有他人财物的目的，这是比较容易认定的情形。(2)行为人采取欺骗手段取得他人财产的当时，并没有非法占有他人财物的目的，但后来由于情况发生变化，进而产生了非法占有他人财物的目的，这种情形也是应认定为具有非法占有的目的。(3)行为人在合法占有他人财物时并没有诈骗故意，也没有采取欺骗手段，但后来其主观意志发生了变化，而意图非法占有他人财物，并采取了欺骗的手段不归还原来合法占有的财物，这种情形虽有些特殊，但仍应认定为具有非法占有的目的。[①] 至于在定罪上应定诈骗罪还是定侵占罪，可以进一步研究。

(二)金融诈骗罪的主观目的认定

我国《刑法》在"金融诈骗罪"一节中(第 192—200 条)规定了集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪和保险诈骗罪共八个具体罪名。尽管只对集资诈骗罪和贷款诈骗罪明文规定了"非法占有的目的"，但一般认为金融诈骗罪均以非法占有为目的，不能仅仅以法律没有规定为由而加以否认，这是立法技术的需要，是体系解释方法论的必然结论，更是诈骗罪这一"堵漏型"立法理念使然。[②] 其中，由于集资诈骗罪和贷款诈骗罪的特殊性，我国相关司法解释和一些重要司法文件都有相关的规定，尤其是关于如何认定"非法占有"的主观目的，已经给出了一些可以参考的具体情形，因而下文有必要以这两个罪名为例进行阐释。

至于其他罪名为何没有相应的规定，最高司法部门指出，除贷款诈骗罪、集资诈骗罪和信用卡诈骗罪中的恶意透支外，刑法列举的其

---

① 所谓非法占有目的的产生时间，是指行为人意图以犯罪方法占有他人财物的决意之时间点或者时间点所处的时间段落。如侵占罪的非法占有目的往往产生于合法占有行为之后，而盗窃罪的非法占有目的则产生于行为人非法占有他人财物之前，合同诈骗罪的非法占有目的可以产生在合同签订过程中或在合同履行过程中，而诈骗罪的非法占有目的也往往是占有行为之前。日本、德国的论述或判例对非法占有目的的产生时间相关内容均有所体现，已经将非法占有目的的产生时间与行为定性尤其是抢劫案件的定性联系在一起。一般而言，行为在实施取得财产时是否具有欺骗故意与非法占有目的是难以认定的，通常需要佐证与推定，根据事后的事实推定行为时具有非法占有目的，这仍然应该是行为时的故意与目的，而不是事后故意或事后目的。

② 刘宪权：《金融犯罪刑法学专论》，北京：北京大学出版社，2010，第 466～469 页。

他金融诈骗罪的具体行为表现，本身就表明行为人具有非法占有的目的。[①] 应该说，实务部门的看法是非常准确且符合实际情况的，比如票据诈骗罪：明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的；明知是作废的汇票、本票、支票而使用的；冒用他人的汇票、本票、支票的。又如信用证诈骗罪：使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的；使用作废的信用证的；骗取信用证的。信用卡诈骗罪：使用伪造的信用卡；使用作废的信用卡；冒用他人信用卡；恶意透支。保险诈骗罪：投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。就罪数形态而言，这些罪名可以说是牵连犯，方法行为中的明知、故意的欺骗行为，无疑是在行为人主观意志支配下进行的，是直接故意在具体的犯罪实施行为上的体现。从这些积极的欺骗行为看，无疑证实了只要能够依据事实和证据证明这些行为的存在，就可以认定为具有非法占有的目的，这也是司法实践中的通常做法，应予以肯定。

下面接着以集资诈骗罪和贷款诈骗罪为例进行阐述。《解释》的第三条规定，集资诈骗罪中的诈骗方法，是指行为人采取虚构集资用途、以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，骗取集资款的手段。具有下列情形之一的，应当认定其行为属于“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资”：(1)携带集资款逃跑的；(2)挥霍集资款，致使集资款无法返还的；(3)使用集资款进行违法犯罪活动，致使集资款无法返还的；(4)具有其他欺诈行为，拒不返还集资款，或者致使集资款无法返还的。[②] 2001年的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》[③]指出，根据司法实践，对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获取资金后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法

① 转引自刘宪权：《金融犯罪刑法理论与实践》，北京：北京大学出版社，2008，第440页。

② 刘志伟主编：《刑法规范总整理》(第3版)，北京：法律出版社，2009，第392页。

③ 《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》，http://www.criminallawbnu.cn/criminal，2011-07-22。

犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。就贷款诈骗与贷款纠纷的界限而言，对于合法取得贷款后，没有按规定的用途使用贷款，到期没有归还贷款的，不能以贷款诈骗罪定罪处罚。对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的，因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款，案发时有能力履行还贷义务，或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因，如因经营不善、被骗、市场风险等，不应以贷款诈骗罪定罪处罚。而集资诈骗罪与欺诈发行股票、债券罪、非法吸收公众存款罪的区别：对于以非法占有为目的而非法集资，或者在非法集资过程中产生了非法占有他人资金的故意，均构成集资诈骗罪。但在处理具体案件时要注意：一是不能仅凭较大数额的非法集资款不能返还的结果，推定行为人具有非法占有的目的；二是行为人将大部分资金用于投资或生产经营活动，而将少量资金用于个人消费或挥霍的，不应仅以此认定具有非法占有的目的。

金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪，在司法实践中，认定是否具有非法占有的目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件的具体情况具体分析。在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗犯罪处罚。与此同时，金融诈骗犯罪与普通诈骗犯罪中的主观目的是有所不同的，金融诈骗犯罪客观表现上有别于普通诈骗罪，主要表现为将资金非法处置和滥用。主观目的既可以是实际占有，也可以是骗用或者获取其他不法经济利益。具体说，对具有特定情形的行为，应当推定行为人具有非法占有的目的。因此，如果存在下列客观情形，就可以认定为具有非法占有的目的：(1)以支付中间人高额回扣、介绍费、提成的方式非法获取资金，并由此造成大部分资金不能返还的；(2)将资金大部分用于弥补亏空、归还债务的；(3)没有经营、归还能力而大量骗取资金的；(4)将资金大量用于挥霍、行贿、赠与的；(5)将资金用于高风险营利活动造成亏损的；(6)将资金用于违法犯罪活动的；(7)携资金潜逃的；(8)抽逃、转移、隐匿资金，有条件归还而拒不归还的；(9)隐匿、销毁财务账目或搞假破产、假倒闭逃避返还资金的；(10)为继续骗取资金，将资金用于亏损或不营利的生产经营项目的；(11)其他非

法占有资金的行为。[①] 当然，具体的情形还可能有发展，因而不完全局限于上述列明的情形，应根据犯罪形势发展和审判实践及时地进行经验总结。

(三)合同诈骗罪的主观目的认定

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同中，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。一般认为，合同诈骗罪仅限于直接故意，并以非法占有为目的，可以通过下列具体的犯罪客观方面的行为方式佐证：(1)虚构单位或者假冒他人名义签订合同，如盗用他人名义、捏造不存在的主体、利用已被撤销的主体、企业的承包商与租赁商明知没有履约能力或清偿能力仍以其名义签订合同。(2)以伪造、编造、作废的票证或者其他虚假的产权证明作担保。(3)没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法来诱骗对方当事人继续签订和履行合同。(4)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的。因此，合同诈骗罪的欺骗行为，以合同签订和履行为准，可以分为签订过程和履行过程两种类型，前者表现为身份虚假和质押虚假，后者表现为履行虚假和携款逃跑。[②] 此外，还包括了其他方法，这一兜底条款可以归纳为：(1)伪造合同骗取对方当事人及其代理人或者权利义务继受人财物的；(2)虚构货源或其他合同标的，签订空头合同的；(3)诱使、蒙骗对方当事人违背真实意思签订合同的；(4)利用虚假广告或信息，诱使他人签订合同，骗取中介费、立项费、培训费等费用的；(5)假冒联合经商、投资、合作的名义，签订、履行合同，骗取对方当事人财物的；(6)通过贿赂签订、履行合同的；作为债务人的行为人，向第三人隐瞒未经债权人同意的事实，将合同义务全部或者部分违法转移给第三人，从而逃避债务的。[③] 因此，合同诈骗罪的非法占有的目的，仍然主要通过行为来体现和佐证。

在司法实践中，合同诈骗罪与一般合同纠纷和民事欺诈行为的界限往往比较模糊，其区别的关键在于是否具有非法占有目的。与合同

---

① 高憬宏：《审理金融犯罪案件的若干问题——全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会综述》，载《法律适用》，2000(11)：5。理论界和实务界通过整合相关解释，并结合司法实践中的具体经验，总结而成这一比较成熟且完整的情形，具有很强的操作性和实用性，本文表示认同。

② 孙国祥、魏昌东：《经济刑法研究》，北京：法律出版社，2005，第562～563页。

③ 龚培华、肖中华：《刑法疑难争议问题与司法对策》，北京：中国检察出版社，2002，第412～413页。

纠纷相比，二者在签订合同的目的、签订合同时的能力、签订和履行合同中间的具体表现、不履行和不完全履行合同的具体原因、纠纷发生后当事人的态度是积极补救还是消极放任上都存在差异。而与民事欺诈行为相比，应综合各种情况进行分析，要看在签订合同时行为的实际履行能力和合同行为的真实性、在签订合同后和履行前的履行能力情况和准备履行合同的情况、合同履行中实际履行能力和表现及对标的物的处理、发生合同履行纠纷后的未履行事由和补救措施情况、对违约责任的态度等。

三、诈骗犯罪的主观目的认定原则与方法

非法占有的目的是一种主观要素或者事实，主观事实是指用来说明行为人内部心理要素的内容，如目的、动机和态度、能力等。客观事实是指表现于外部的事实，如人的外在活动及结果、行为主体及身份、对象、手段、方法、时间、地点等。客观事实是可以通过人类感官直接感知或认知的，而主观事实只能通过外部资料进行间接判断，主观事实的证明难度显然更大。实践中，主观事实不能仅仅通过直接证据，或口供来加以证实，而往往需要通过其他的间接证据所形成的证据链并依靠推论(推定)的方法加以辅助显现。德国有学者指出，“在查明故意、特定意图和动机等心理要素时会遇到很多很大的困难，只有从外部事实及心理学上法则进行多少是必要的反推，才有可能解决这些问题。”[①]我国台湾学者亦认为，“深藏于内心的主观事实，不像外表的行为可以直接看见，并直接表述于审判者面前，他人无从窥见其内心，只有从其他情况事实，间接地推论方可得知。”[②]因此，主观事实的证明难度大于客观事实，而且主观事实除了依靠传统的认定方式，即从证据本身直接加以判断外，还往往大量地需要运用间接证据进行推定或推论，即使用的是一种间接认定事实的方法。进一步讲，非法占有的目的虽然是主观内容，但并不意味着只有凭借行为人的口供才能认定。在司法实践中，需要根据证据即客观事实来认定行为人的非法占有目的，或者可以根据客观事实来推定行为人具有非法占有的目

① [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论Ⅰ——犯罪论》，杨萌译，北京：法律出版社，2006，第38页。

② 周叔厚：《证据法论》，台北，三民书局，2000，第22页。

的。[1] 犯罪行为是在行为人的主观心理态度支配下实施的，因此，通过客观事实来认定主观目的是最基本的途径，也是主客观相统一在认定诈骗犯罪的主观目的上的体现。

主客观相统一虽然没有规定为刑法基本原则，但发挥着巨大的作用。判断行为人的心理状态，其根据只能是其实施的活动及其相关的情况。因为人的活动是人的主观思想的外向化和客观化，并反映了人的思想即人的自由意志或人的主观目的。[2] 在认定主观心理态度时，必须立足于其实施的具体客观行为，并综合各种犯罪事实，运用严谨的逻辑论证来排除其他的可能性，即达到相应的证明程度才可以认定存在非法占有的目的。与此同时，要杜绝客观归罪和主观归罪，即口供主义或危害结果(财产损失数额)论。在具体判断非法占有目的的有无时必须依据行为人的行为特征、其自身的条件以及其他已存在的客观情况进行综合分析。通过对行为人控制或者准备控制他人财物的行为的分析，首先确认行为人具有非法占有目的的可能性。当被确认为已经实施或者准备实施非法控制或支配他人财物行为时，只表明其心理态度符合了非法占有目的的前提条件，具有了形成非法占有目的的可能性，但却并非表明其必然地会具有非法占有目的，关键还要看其心理上对使财物完全脱离权利人的有效控制是否具有明确的追求，因为这才是构成诈骗犯罪非法占有目的的决定性条件。只有行为人已经实施使财物完全脱离权利人有效控制的行为，并且因其意志以内的原因已经造成权利人对财物失去控制的结果，这时非法占有目的才完全得到确认。

目前，集资诈骗罪和贷款诈骗罪都有相应的司法解释，在实务部门也形成了比较成熟的典型情形，这种通过总结司法经验来列举的认定模式具有很强的实用性和可行性，但不免陷入无法穷尽的缺陷之中。而且，这些列举的情形大部分是已经成型且常见的犯罪方式，对于一些新出现的情况则会显得比较被动和无奈。此外，这些列举的情形，大部分是对具体行为方式的说明，这些资金使用行为没有说明相应的犯罪结果，这似乎让人觉得诈骗罪是行为犯而不是结果犯。因此，为了避免不必要的误解，应在列举情形时考虑危害结果等情节的内容。另外，通过客观事实来证明案件的主观方面的目的，这是最基本的司法认知模式。与金融诈骗罪相关的问题是：证明标准是否可以放宽松

---

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第415页。

② 聂立泽：《刑法中主客观相统一原则研究》，北京：法律出版社，2004，第41～42页。

些。具体而言，金融诈骗罪是法定犯，是法律规定为犯罪的行为，主观意图的证明相对说是更难的。与故意杀人和抢劫罪相比，检方的证明标准如何妥当设定，直接涉及这些案件的侦破率和起诉率。诈骗犯罪非法占有目的就其本质而言是一种主观思想，尽管人的行为能够反映其内心思想，但对它的认识也只能是间接认识，因而要给它设立一个完善的判断标准是非常困难的。作为存在于行为人内心的思想，实际上不可能绝对准确地证明行为人在什么情况下具有非法占有目的或者什么情况下不具有非法占有目的，能够证明的只是一种可能性或者严格地说是一种概率，即非法占有目的在一定条件下发生的机会的多少。诈骗犯罪的非法占有目的的这一属性使得对它的证明无法达到绝对可靠和绝对真实的程度。一般认为，我国刑事诉讼的证明标准是客观真实，但如果放到诈骗犯罪中则显得不妥，如能根据犯罪类型而适度调整为优势证据标准，那么这不仅减轻了控方的证明责任，也有利于实现立法的原意。当然这是一个有待深究的问题，由于宏旨所在，在此就不详述。

另外，在证明非法占有的主观目的时，也要适当地适用刑事推定制度。这在相关司法解释中已有体现，并已经是被司法实务部门实际承认和运用的认定方法。这是减轻控方证明责任的一个重要手段，可以减少刑讯逼供的发生，是对口供中心主义的超越，有效地摆脱了单一依靠口供这一直接证据认定事实的模式及其弊端。[①] 从上面这些列举的情形看，在证明责任上，基本上都贯彻了刑事推定的理念，适当地减轻了控方的证明责任，在证明标准上也兼采自由证明，而不是完全绝对的严格证明，没有要求达到完全排除合理怀疑的标准。[②] 当然，这种突破容易导致违背罪刑法定原则，有必要对其使用加以限制。因此，刑事推定仅仅是一种事实推定，是一种相对的证明，而不是绝对的认知判断，只要被告人可以提出相应的证据证明自己并没有非法占有的目的，则可以推翻推定的结论，这在相关的司法解释中已经有所体现。而且被告人此时应承担的证明标准为优势证据标准，而不应该是事实清楚、证据确实充分，不然对被告人是不公平了，违背了证明责任合理分配的公正标准，这也体现了疑罪从轻或从无的基本取向。此外，运用刑事推定同样也要坚持主客观相统一，要结合各种事实进行综合分析，要防止客观归罪现象的发生。刑事推定需要高素质的法

① 陈卫东、谢佑平主编：《证据法学》，上海：复旦大学出版社，2005，第135页。

② ［日］田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，北京：法律出版社，2000，第221页。

官和检察官，这对法官和检察官的业务素质提出了一个更高的要求，无论实体法和理论如何阐释和如何完美，这些问题的解决关键还是取决于法官和检察官的自由心证和自由裁量权的合理把握，这是法官和检察官业务素质的直接反映，“徒法不足以自行”，非法占有的主观目的之认定最终落在法官身上。与客观事实证明相比，主观事实的证明是一个世界性难题，诈骗犯罪中非法占有的主观目的就是典型之一。正如美国学者达玛斯卡指出，“比之于靠经验感知来查明事实，查明内在事实方式的客观性相距甚远。在查明外在事实的归纳推理过程中，我们所应用的认知方法千锤百炼。”[1]在此，通过梳理我国理论和实务界的相关研究，进而勾勒了认定非法占有的主观目的之基本原则和方法，不过是心得体会的汇报而已。

---

① ［美］米尔吉安·R·达玛斯卡：《举证和事实认定的准确性》，载达玛斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀等译，北京：中国人民大学出版社，2006，第190页。

“非法占有目的”的推定规则

罗东川[*] 李　明[**]

基于现行刑法的规定，由于并不是所有的诈骗罪法条中都明确规定了必须以“非法占有目的”为其构成要件，加之非法占有的目的属于人的主观形态，采取何种方法予以认定，如何准确认定才能达到既准确打击犯罪，又能促进人权保障，是实务中迫切需要解决的问题。

一、“非法占有目的”与“推定”

(一)非法占有目的

诈骗罪的基本模式是行为人以非法占有为目的，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法实施欺诈行为，使对方产生认识错误，对方基于该认识错误交付财物，进而造成财产损失。非法占有目的是犯罪目的的一种，在占有型或取得型的犯罪中，必须在主观上具有“非法占有目的”，才能构成犯罪。即判断某一行为是否构成诈骗罪，在主观上要看行为是否具有非法占有目的。由于非法占有目的的客观外在行为并没有完全成为犯罪的构成要素，因此，非法占有是占有型犯罪中的当然内容，还是故意之外的独立的犯罪主观构成要件，即是“一元主观”还“二元主观”尚存在着不同的看法。但无论是哪种观点，均承认非法占有目的是诈骗罪的必备要素，国外关于诈骗罪目的，有两种不同的立法例：一种立法例明文规定诈骗罪必须具有非法占有目的：如德国《刑法》第263条明文规定，诈骗罪必须“意图使自己或第三者获得不法财产利益”；瑞士《刑法》第146条规定，诈骗罪必须“以为使自己或他人非法获利为目的”。另一种立法例则没有明文规定诈骗罪必须出于某种特定目的，如日本《刑法》①。

我国刑法学界目前对“非法占有目的”的理解包括有“非法占有说”、

---

* 最高人民法院研究室副主任，中国应用法学研究所所长。

** 中国应用法学研究所研究人员。

① 张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，载《法商研究》，2005(5)：69。

"不法所有说"、"意图改变所有权说"、"非法获利说"、"非法所有说"等不同观点。"非法占有说"认为，"刑法上的占有概念与民法的占有概念基本是一致的，即对物的控制和管领；刑法上犯罪的实质是行为对法益的侵害，而不在于行为人获得了什么；"[①]"不法所有说"认为，"以非法占有为目的"是指以将公私财物非法转为自己或者第三者不法所有为目的；[②] "意图改变所有权说"认为，"对'非法占有'的理解不能仅限于将公私财产非法据为己有，也包括转归第三者非法占有；第三者不仅限于个人，也包括集体单位。行为人非法取得财物是据为己有还是转归他人则在所不问；"[③]"非法获利说"认为，"诈骗等非法取得他人财物的犯罪都属于图利性的犯罪，其主观要件不是以非法占有或不法所有为目的，而是以非法获利为目的；"[④]"非法所有说"认为，"非法占有的真实含义是指民商法意义上的非法所有。"[⑤]

刑法理论的通说认为，"非法占有目的"是取得型财产犯罪不成文的构成要件。所谓的非法占有目的，就是指明知是公私财物，而意图把它非法转归自己或者第三者占有。[⑥] 即行为人在未经权利人授权情形下，意欲排除权利人的占有他人的财物，将其视为自己所有物，并进行利用、处分的意思。"非法占有目的"也就是非法掌握和控制财物的目的。刑法意义上的"占有"，并不能从字面意义上等同于民法意义上的"占有"。在刑法意义上的非法"占有"，与非法"所有"的意义无异，有学者就认为，"只有将非法占有目的理解为非法所有目的，才能使这一主观要件具有区分罪与非罪，此罪与彼罪的机能。"[⑦]例如，在刘恺基合同诈骗案[⑧]中，刘恺基在签订(购林)合同时无履行能力，事发之后仍无此能力，即依然蒙骗受害人，占有对方的财物拒不归还；将获取的履约保证金用于购买车辆和归还个人债务，大部分款项用于直接支取现金，资金被转移后去向不明，导致无法追还，均反映出非法占有他人财物的目的，可以因此认定构成合同诈骗罪。而在郭建升贷款

---

① 储槐植：《再说刑事一体化》，载《法学》，2004(3)：79。

② 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，北京：中国人民大学出版社，1998，第760页。

③ 何秉松主编：《刑法学教科书》，北京：中国法制出版社，1995，第710页。

④ 张瑞幸主编：《经济犯罪新论》，西安：陕西人民教育出版社，1991，第225～256页。

⑤ 王晨：《诈骗犯罪研究》，北京：人民法院出版社，2003，第20页。

⑥ 高铭暄主编：《中国刑法学》，北京：中国人民大学出版社，1989，第889～890页。

⑦ 张明楷：《如何理解刑法中的非法占有目的》，载《人民法院报》，2003-08。

⑧ 中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》(总第76集)，北京：法律出版社，2011，第14～19页。

诈骗案中,[①] 之所以被判决无罪，原因就在于：行为人使用欺骗手段取得贷款行为本身，并不直接意味着行为人具有非法占有贷款的目的；升宏公司贷款逾期未还，不是主观上拒不归还，而是客观上不能归还；造成升宏公司贷款无法归还的原因，不是因为郭建升将贷款用于个人经营和挥霍，而是公司经营不善导致资金困难造成。基于郭建升不具有非法占有的目的，而是出于解决资金急需和经营困难等动机，因此不能以贷款诈骗罪定罪处罚。

如何认定诈骗罪中的行为人是否具有非法占有的目的，可以从几个方面进行分析：行为人是否具备合同主体资格、条件、身份；是否创造、虚构、虚假条件；为达成目的是否采取了骗取方法和手段；本人是否从始至终均具备履行合同的能力和条件；在“得手”后是否有归还、履行、支付的实际行为；是否具备挥霍、挪用、携款逃跑等行为，这些“行为”无一不是从间接方面印证了行为人“非法占有”目的的存在。2001 年 1 月 21 日，《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(法[2001]8 号)“(三)关于金融诈骗罪，金融诈骗罪中非法占有目的的认定。金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪。在司法实践中，认定是否有非法占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件具体情况具体分析。根据司法实践，对行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定具有非法占有的目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获取资金后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。但是，在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。”除上述情形外，比照《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》和有关司法解释的精神，下列特定情形也可以推定行为人具有非法占有为目的：(1)以支付帮助获取资金的中间人高额回扣、介绍费、利差、提成的方式获取资金，并由此造成大部分资金不能返还的；(2)将资金大部分用于弥补亏空、归还债务，导致资金事实上无法归还的；(3)没有实际经营可以预期的营

---

① 沈德咏主编：《经济犯罪审判指导与参考》，北京：人民法院出版社，2003，第 11～18 页。

利业务而大量骗取资金的，导致资金无法归还的；(4)将资金大量用于挥霍、行贿、赠与的；(5)将资金用于高风险营利活动造成亏损致使资金无法归还的(除符合贷款合同约定的用途外)；(6)获取资金明显超出自身经营所需，而随意处置所获取资金的；(7)获取资金明显超出自身经营所需，而随意处置所获取资金的；(8)为继续骗取资金，将资金用于亏损或不营利的生产经营项目的；(9)其他没有归还能力而大量骗取资金的。[①]

(二)推　定

推定，是指根据两个事实之间的"常态联系"，当某一事实存在时就可以认定另外一个事实的存在。即从已知的事实推导出未知事实的逻辑思维活动。即"某些法律规范中，立法者以一定的事实(推定基础)直接推导出另一个特定的法律要件(推定结果)。"[②]推定是一种认定案件事实的方法，古代罗马时期就有"一切主张在未证明之前推定其不存在"的记载。1804年法国《民法典》第一次明确规定了推定概念："推定为法律或审判员依已知的事实推论未知的事实所得的结果。"推定中涉及两个事实：基础事实与推定事实，关于两者的关系，英美法系证据法上称其为盖然率，而大陆法系证据法则称之为经验法则。正是因为基础事实与推定事实之间因果关系的"常态"确定性，才要求法官根据基础事实推导出推定事实，卸下主张事实存在一方某些证明对象的举证责任，转换于对方承担部分举证责任，当然，由于这种因果关系不具有完全的确定性，存在着被人类的相反的经验所推翻的可能，其盖然率可能存在着例外的情况，因此允许对方当事人提供反证予以推翻。推定事实推定适用的一般条件是：(1)基础事实已经得到证明；即基础事实必须有证据予以支持，并已得到了确认；(2)基础事实与推定事实之间存在着一定联系；这种关联性是客观的、常态的，不是偶发的、随机的或主观臆想；(3)没有反证或反证证明力不足。推定在效力上面现为证明对象的变更或置换和行为意义的证明责任发生转移，使得推定事实的认定正当化。

推定的哲学基础就在于事物之间的关联性，或者说是基于事物之间普遍的共生关系、常态的因果联系，因为任何事物相互之间都存在着这样或那样的联系，事物之间的逻辑关系是客观的、必然的。推定

---

① 高憬宏：《审理金融犯罪案件的若干问题——全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会综述》。

② [德]普维庭：《现代证明责任问题》，北京：法律出版社，2006，第72页。

所依据的经验法则必须是社会大众普遍承认的盖然性程度很高的经验法则，由于事物之间的这种规范化或常态化的联系，即基础事实——经验法则(盖然性程度高)——推定事实。

推定是一种证明法则，属于一种程序性案件事实认定规则，即法律所允许的证明案件事实的一种特殊法则；也是一种证明责任转移机制和法官的事实认定规则。在司法过程中，由于推定揭示了从一项事实推出另一事实的过程，可以作为法官的采证规则而存在。在刑事司法中，推定主要被司法人员用来对犯罪嫌疑人、被告人的主观心态进行判断。适用推定，则主观方面事实的证明责任转移，是否是“明知”、“故意”、“占有目的”等主观事实由被告人承担举证责任，如果被告人不能提供证据予以证明，则推定的事实——被告人主观上“非法占有目的”事实成立；当然，被告人提供证据所要达到的证明标准有所降低，不适用排除合理怀疑的较高的证明标准。由于推定是建立在经验法则基础之上的，经验法则作为一种不完全的理性，存在着非必然性和可推翻性，因此，推定都是允许对方反驳的；不允许用证据反驳的推定，是实体法的规定，并不是同一种推定。

推定可以从不同的角度进行分类。从是否有法律规定为前提可以区分为立法推定和司法推定；依发生的依据不同，可以分为法律推定和事实推定；根据其效力的效果程度不同，可以区分为可反驳的推定和不可反驳的推定。英美法系采三分法，即不可反驳的法律推定、可反驳的法律推定和可反驳的事实推定；大陆法系采二分法一般指法律上的推定和事实上的推定；在我国学界一般将推定分为法律推定和事实推定。由于事实推定系法官运用经验法则，基于一定的证据基础采自由心证决定是否适用，并非法律明文规定，事实推定是依照通常经验或自然理性而得来的，一般具有合理性、确实性。因此，一般意义上的推定系指法律推定。本文亦做此处理。

推定为许多国际公约和各国刑事司法立法所明文规定，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 5 条第 2 款规定：“本条第一款所指的明知、故意、目标、目的或约定可以从客观情况推定。”《联合国反腐败公约》第 28 条规定：“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”美国学者认为，推定在证据法中，指从其他已经确定的事实必然或可以推断出的事实推论或结论。[①] 英国学者沃克认为：“推定，在证据中，指从其他已经确定的

---

① [美]摩根：《证据法之基本问题》，李学灯译，台北：世界书局，1982，第 57 页。

事实必然或可以推断出的事实或结论。”①在大陆法系，法国《民法典》第1349条规定，推定系法律或法官从已知的事实推论未知事实的存在，除非并且直至提出对该证据的不存在予以认定的证据。② 美国《模范刑法典》第251.4(2)节的规定：“凡在自己的营业过程销售或持有淫秽物品的，推定其为明知或轻率。”美国《加州证据法》第600条(a)规定：“推定是一种事实的假定，即法律要求从另一事实或事实组中得出或在诉讼中加以确认。推定不是证据。”《加拿大刑法典》第82条规定：“任何人，如不能证明有合法理由而占有、保管或控制爆炸物品，则构成可诉罪。”中国香港特别行政区《危险药物条例》第47条第2款规定：“如果一个人被证明或推定持有毒品，除非能提出反证，否则将被推定为已经知道该毒品的性质。”我国的刑法中没有关于推定的相关内容，但是在民事法律的有关司法解释中明确了推定的内容，2001年最高人民法院《民事证据规定》第9条规定，根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实。推定出的另一事实无须举证证明，即可依此作出判决。

在审判中，适用推定的主体一般是审判人员，是法律对某种事实或责任作出的是否允许当事人举证或无法举证时的一种认定。它实质上是通过证据对基础事实证明的方式来完成难以或无法证明的推定事实的证明。在诈骗罪中，无论是否在法条上明确规定了“非法占有目的”，已将非法占有目的主观内容纳入到了对该类犯罪客观行为的法律评价中，只要有证据证明行为人实施了法定的客观行为，或者说证明了基础事实存在是确实的，那么就可以推定行为具有非法占有的目的。通过推定，人们可以拓展认识方法，扩大认识的对象，加速认识的进程，促进证明活动的便捷性，有利于案件的及时处理。

二、诈骗犯罪中的“以非法占有为目的”为何需要推定

(一)“非法占有目的”的主观要件证明困难

目的犯以犯罪目的为内容，刑法理论认为目的犯的目的既是主观的违法要素，也是主观的构成要素。德国《刑法》第263条明文规定诈

① [英]戴维·M·沃克编：《牛津法律大辞典》，北京：光明日报出版社，1988，第714页。

② 沈达明：《比较民事诉讼法初论》，北京：中信出版社，1991，第312页。

骗罪必须“意图使自己或者第三者获得不法财产利益”。瑞士《刑法》第146条规定诈骗罪必须以为使自己或者第三人非法获利目的。我国《刑法》第14条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”刑法的通说认为，犯罪故意具有认识因素和意志因素两个方面。在我国刑法的犯罪构成理论体系下，犯罪目的是犯罪构成要件因素之一。

犯罪目的属于人的主观方面的心理问题，犯罪的主观方面，是指犯罪主体对自己的危害行为及其危害结果所持的心理态度，在诈骗犯罪中，行为人的心理态度是通过其外向化、客观化的外在行为来体现和反映出来的。“主观”是反映支配行为人外在活动的主观意识，罪过属于心理态度的范畴，它是由认识因素和意志因素构成的。人的活动由其主观心理支配，活动的性质由主观心理决定；判断行为人的心理态度的根据则是行为人实施的诈骗行为在客观上的一系列活动表现。因此，只有存在证据证明这些客观化、外在化的行为表象和印迹的存在是确定的，属实的，那么就可以推断其心理态度的变化。马克思就认为：“除了行为的内容和形式外，试问还有什么客观标准来衡量意图呢?”[①]“由于故意因素是一种行为内在主观的心素，其认识性及呈现状态欠缺客观的态样。因此，判断上异于客观构成要件要素的类型标志，而须采取‘盖然证据’(prima facie)，按其类型意义或制度性的概念，从事‘事实推定(presumption)来确定之’。”[②]而如果不采用推定来进行认定，由于犯罪的主观方面较之客观方面而言，由于其抽象性和内隐性，缺乏客观性而难以认定。许多的诈骗罪中存在着行为人是否是“占有”、“目的”、“动机”、“明知”等人们的内部心理活动的事实难以用证据确定，“推定往往是能够证明被告人心理状态的唯一手段，因而在刑事司法中起着非常重要的作用。法官应该对陪审团作出这样的指示，即它有权从被告已经实施了违禁行为的事实中，推断出被告是自觉犯罪或具有犯罪意图，如果被告未作任何辩解，推断通常成立。”[③]

(二)刑事政策中打击某类犯罪类型的必要

运用刑法武器惩治和防范金融和财产领域中的形形色色的以非法占有为目的的诈骗行为，是世界各国刑事立法的通例和趋势。由于诈

---

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第138页。

② 苏俊雄：《刑法总论Ⅱ》，台北：大地印刷厂有限公司，1998，第138页。

③ [英]鲁珀特·克罗斯等：《英国刑法导论》，赵秉志等译，北京：中国人民大学出版社，1991，第56页。

骗罪所涉及的社会领域众多，危害面积大，必须采取法律上的手段予以积极扼制。控方如果不能证明被告人具有此目的的事实，法官也就不能认定被告人的犯罪事实。在刑事政策中，为了实现立法者严厉打击和防范某类特殊类型犯罪，存在着较大的社会需要和政策安排需要特别加以保护的公共利益时，其采取的司法技术之一就是减少控方的举证范围和证明要求，将部分证明责任分配给被告人承担，由被告人承担提供反证的证明责任。之所以采用推定来确定“非法占有目的”，是因为在社会上诈骗罪本身具有一定的社会危害性，行为人的非法占有行为对社会秩序构成严重的威胁，具有现实危险性的特征。通过证明与犯罪目的存在“必然”因果关系或“常态”关系的现象事实来确定“非法占有”目的的存在，就是一种可行的案件事实的认定方法。如陈兴良教授就认为，“所有金融诈骗罪都可通过客观行为推定行为人的主观目的，从而认定犯罪。”①如果不适用推定来进行打击此类犯罪，就会造成放纵犯罪的恶性后果。准确适当的适用推定规则可以有效地打击犯罪突发态势，保障社会的安全、稳定与秩序。

(三)证明责任分配制度的必然选择

刑事诉讼中，证明责任的分配遵循着这样的一条基本准则：即基于无罪推定原则，证明被告人有罪的责任始终由控诉方承担，被告人不承担证明自己无罪的义务。本着“有原则，必有例外”，这一原则下并不排斥例外情况的存在。“法律推定其实就是对证明责任的一种分配，亦即它属于证明责任规范。”②证据学家赛耶就认为，推定是在没有遭遇相反证据时的一种证明上的便利，其程序上的效果只是将举证的负担转移给对方当事人，一旦对方当事人提出了相反的证据，使人感到其反驳是合理可能的，推定的效果就归于消灭。

推定的实质是证据裁判主义的例外，并不是用证据予以证明，在不存在直接证据或仅凭直接证据不足以证明待证事实时，基于刑事政策的需要，通过证明责任分配方式的调整，由间接事实与待定事实之间的常态联系进行推理，得出待定事实为真的结论。“与一般的法定的证明责任规则不同的是，法律规定则是对法官的直接命令，亦即指示法官从方法上如何解决问题。法律推定十分准确地命令法官，把某个既定的要件事实视为已经被证明，尽管实际上法官无法从生活事实中

① 陈兴良：《论金融诈骗罪主观目的的论定》，载《刑事司法指南》，北京：法律出版社，2000，第61页。

② [德]普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，北京：法律出版社，2006，第73页。

获得对该要件事实(不是生活事实)的心证。"①

对于刑事政策必须予以控制的犯罪类型，出现事实真伪不明、难以证明、证明起来成本过大时，司法技术上应当减轻主张推定事实存在一方当事人的举证责任，基于扎实的基础事实，适用推定规则的方法，转换证明对象，推导后推定事实，便于及时作出判决，减轻证明困难，避免证明僵局；"当某法律规定 A 的要件事实乙(推定事实)有待证明时，通常就在较该事实易于证明的另一事实甲(前提事实)获得证明时，如无相反的证明(乙事实仍为不存在的证明)，则认为甲事实已经获证明之事，为其他法律规定 B(即推定规定)所规定者而言。"②再者，通过推定得出的事实，由于以查明的基础事实为前提，基础事实在无反证推翻下，推定另一事实的存在，符合证明标准的要求，基础事实与推定事实的常态性因果关系与现实生活中的事物间关联关系在原则上是一致的，作出推定事实的判定有利于提高诉讼效率与程序公正。

(四)便于法官及时依法裁判

罪行法定原则要求法律必须具有明确性和可预测性。在司法实践中，非法占有目的的认定往往由于缺乏明确具体的判定标准难以裁判。适用推定须坚持主客观相一致的原则，既不仅凭口供定罪，也不能仅仅以损失结果客观归罪。有学者就指出，"在没有相反证据的情况下，凡是使用刑法所规定的欺诈手段的，原则上均应认定为具有非法占有目的。"③同时，根据人类一般的生活经验和统计结果，如果待证事实发生的盖然性较高，那么主张该事实发生的当事人不承担证明责任，而相对人应该就事实之不存在承担证明责任。因为在事实真伪不明时，法院认定盖然性较高的事实发生，远比认定盖然性较低的事实发生，更可能接近真实而避免误判。④ 如非法获取资金后逃逸、抽逃、隐匿他人财产、骗取资金用于个人挥霍等行为，从经验法则的角度看，行为人对非法占有他人财产这一事实具有较高的盖然性，是一种常态，并非偶然现象，不知道或意外是一种极其罕见的例外，在这种高盖然性基础上的推定，更能够符合客观真实，作出的判断更为准确。同时，由于推定的基础是社会众认的经验法则或常态性因果关系，客观上必

---

① [德]普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，北京：法律出版社，2006，第 75 页。
② 骆永家：《民事举证责任论》，台北：商务印书馆，1982，第 76 页。
③ 张明楷：《刑法学》(下)，北京：法律出版社，1997，第 686 页。
④ 魏晓娜、吴宏耀：《诉讼证明原理》，北京：法律出版社，2002，第 368 页。

须要求法官严格适用推定，不得滥用、恣意、任意裁量，具有强制法官适用的约束性，可以防止法官自由裁量权的触角过长，合理束缚法官的自由心证。

三、诈骗犯罪中如何适用"非法占有目的"推定

在司法实践中，目的犯中超出法条规定的客观行为部分的主观目的往往难以用证据证明，如果坚持纯粹的机械的证据裁判主义，往往容易放纵罪犯；而如果一味的完全的归罪主义，就容易冤枉好人。有学者指出，在目的的证明方法上，应当引入司法推定的方法，并且应当通过制定司法解释的方式对刑事推定的方法、规则、程序以及效果等作出规定，更重要的是，应当采用立法的方式对某些犯罪的主观要素推定的基础事实作出规定。例如 2001 年 1 月 21 日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)规定了推定贷款诈骗罪的非法占有目的的七种基础事实。[①] 适用推定必须坚持综合考虑与全面分析，如需查明行为人实施非法占有行为的动机、背景、犯罪动机、犯罪目的、非法占有公私财产的具体情节与具体手段。使基础事实与推断结论之间具有高度盖然性的联系。适用推定必须允许和重视被告人的反证。为克服推定的局限性，保障犯罪嫌疑人和被告人诉讼人权和落实无罪推定原则，准确适用推定认定非法占有目的，必须注意以下几个原则。

第一，适用推定必须确保基础事实的存在且真实。

虽然推定的事实无需证明就可以被看做是已经得到证明的真实性事实，但这种真实性来源于基础事实的真实性，这种真实性是依赖于证据证明和司法认知来保障的，基础事实的真实性就包括众所周知的事实、自然规律、定理、司法文书、已经被证明的事实等。没有基础事实无法进行推定，而且即使具备一定的根据也不得随意进行推定。虽然基础事实为真，推定事实未必为真，但基础事实为假，推定事实必定为假；考察基础事实是否为真，具体到合同诈骗罪中具备包括如行为人并不具备相应的主体资格；行为人并不具备履行合同的能力；采取虚假担保方式；不按合同约定履行合同，而是用于违法犯罪活动或个人挥霍。隐瞒、转移财产或抽逃资金的；远超出自身还债能力的。基础事实的确立主要来源于以下几个方面：(1)司法审判上的认知；

① 陈兴良：《目的犯的法理探究》，载《法学研究》，2004(3)：75～80。

(2)诉辩；(3)当事人的约定；(4)可指示评决之证据；(5)审理者基于充分证据所为之认定。[①] 同时，这种真实性是建立在无反证推翻的条件下，当然反证需要达到高度盖然性的程度。另外，为了保证基础事实的真实可靠性，防范推定可能导致的错误认定案件事实的风险，不得进行二次推定，并且没有明显的否定性解释。

第二，基础事实与推定事实之间须有逻辑的必然联系。

基础事实与待证事实之间应存在常态的因果关系。这种联系是一般的、常规的、逻辑的，是事实关系的规范化，即前一事实的存在，另一事实也会存在，表现为一定必然趋势下的伴生关系。“在通常情况下，这两种事实之间必须有合理的关联，或互为因果，或互为主从，或相互排斥。”[②]如何看待与认定这种因果关系或伴生关系，针对于特定的诈骗犯罪，可以从基础事实的分析入手，如关于贷款诈骗罪的非法占有目的，有学者认为具有下列情形之一的，应认定为具有非法占有目的：(1)假冒他人名义贷款的；(2)贷款后携款潜逃的；(3)未将贷款按用途使用，而是用于挥霍致使贷款无法偿还的；(4)改变贷款用途，将贷款用于高风险的经济活动造成重大经济损失，致使无法偿还贷款的；(5)使用贷款进行违法犯罪活动的；(6)隐匿贷款去向，贷款到期后拒不偿还的；(7)提供虚假的担保申请贷款，造成重大损失，致使贷款无力偿还的等。[③] 这些建立在经验法则基础上的因果关系，从这些“基础事实”反映出“非法占有”的常态关系。

第三，适用推定必须坚持主客观相统一的原则。

除了基础事实与推定事实之间存在着一定的逻辑证明关系外，还要考虑其他的价值判断和利弊选择。既要注重对其主观心理和犯罪意图的分析与把握，也要考察其客观行为的具体表现，如行为人是否具有履约能力、有无履约行为、未履约的原因、合同标的物的去向以及事后的态度等方面情况结合起来。最高人民法院《纪要》强调：“在司法实践中，认定是否具有非法占有目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件的具体情况具体分析。”不能仅凭较大数额的非法集资款不能返还的结果，推定行为人具有非法占有目的。但推定的事实仅

---

① [美]摩根：《证据法之基本问题》，台北：世界书局，1982，第59～60页。

② 连银山：《民事举证责任之研究》，载杨建华主编：《民事诉讼法论文选辑》(下)，台北：五南图书出版公司，1984，第621页。

③ 鲜铁可：《金融犯罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，1999，第170页。

仅是证明案件整体事实的一个环节或一个部分，如主观要件部分，并不能直接证明案件事实的全部。

第四，允许当事人采用反驳方式和反证。

法律推定的效果不是绝对的，从行为到主观的推定是有风险的。"如果行为人能举证证实某种相反的例外情况存在，则该推定结论就当然不能成立。"[①]允许行为人进行反驳或提供反证，目的在于避免客观归罪。如美国《加州证据法》第 607 条规定，控方可以依赖推定来确定对被告人有罪至关重要的一个事实，除非被告人就推定事实的存在能提出相反的证据并足以使事实裁判者产生合理怀疑。但被告人并不被要求通过清楚和令人信服的证据，甚至通过优势证据来使推定无效。"推定作为一条证据规则，当一方当事人证实了某一事实，而另一事实则假定被证实，除非对方当事人提出反证来推翻这种推定，或者说，使推定事实出于前后矛盾状态。"[②]因此。推定的效力是盖然的，其达不到法律规定的证明标准的要求，因此应当允许提出反驳或反证，反驳推定的强度应当不低于推定本身，但基于双方对抗实力的不均衡，反驳推定的证明标准要低于控方的证明标准，但并不意味着控方可以降低证明标准，证明被告人有罪的责任由公诉方承担，控方的有罪证明必须达到超出合理怀疑的标准。

---

① 肖中华：《论合同诈骗认定中的若干问题》，载《政法论丛》，2002(2)：11～12。

② 李学灯：《证据法比较研究》，台北：五南图书出版公司，1992，第 252 页。

诈骗行为不仅限于“虚构事实、隐瞒真相”

——以短信诈骗为例

卢建平*

年初我废了一只手机，不为别的，就因为电话和短信烦人。手机用久了，号码为人知晓的就多，接到的电话或短信的就越多，可是，其中为我所熟悉的越来越少，而来自陌生人的电话和短信越来越多，不胜其烦，防不胜防，于是一气之下，我就弃而不用了。

在这部废弃的手机里，我保留了几条短信，实录如下。

(1)时间：2010年12月28日，9：07分；内容：直接汇到农业银行6228480751278839913 李少美 就可以了。来电号码13149361120。

(2)时间：2010年12月28日，15：20分；内容：款还没有汇吧，之前给你的那个账号不能用了，请把款汇到农业银行这个账号上6228481190376418818 刘燕丽。来电号码15588605304。

(3)时间：2010年12月29日，9：39分；内容：你把钱汇到这个农行账号上6228481710672453415，户名：张辉(好了来个消息)。来电号码13281072320。

(4)时间：2011年1月4日，2：44分；内容：还没汇吧，那张卡的磁条坏了，请把钱汇到这张新卡上，农业银行6228480920937624814 户名：陈源(办好来信息)。来电号码15699818867。

(5)时间：2011年1月4日，5：39分；内容：爸妈：我喝酒打架被抓了，速汇5000元到李警官农行卡上6228481090868357013 户名：李建，别打电话，有什么事回家再说。来电号码15645680256。

(6)时间：2011年1月7日，10：09分；内容：请把钱汇到这个农行上6228481090868357013 户名：李建，不方便接电话。来电号码15699939901。

这类统称为“垃圾短信”或“诈骗短信”的信息，相信各位都曾经收

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、博士生导师、法学博士。

到不少。其实，就这些短信的内容而言，都是近乎直白的要求汇款的指令，因而与传统诈骗罪"虚构事实或隐瞒真相"的行为特征好像不沾边。当然，其中的第(5)条编造了"喝酒打架被抓"的虚假理由，可以视为捏造事实；而第(2)条、第(4)条里关于以前那个账号不能用了或磁条坏了等，虽然也有欺骗的成分，但总体而言，这些短信实在没有什么"技术含量"，我们一般是一删了之，不去理会。然而，此类短信何以泛滥？难道这样的短信也能骗到钱财？难道我们这个时代真的已进入"钱多、人傻、快来"的阶段？我也曾经为此疑惑不已。然而最近接触的几个案件帮助我明白了其中的奥秘，了解了骗子之所以得手的关键，也了解了被害人何以上当的原因。

[案例一]某甲常常听说别人用短信骗钱得手，心里痒痒，也想试验一把，于是群发短信，让收信人将钱汇到其银行卡上；几天后去 ATM 机上取钱时，发现其账号上一下子多了 12 万元。查询之后才得知，这是有人看了他的短信后误将 12 万元钱汇来了！某甲大喜过望，立即"扩大生产规模"，花了近 3 万元购置群发器等设备，并以每次 200～300 元的价格借用他人身份证办理了数张银行卡，在不到两个月的时间里，共骗取数名被害人的款项合计 50 余万元，其中其本人银行卡上又多了 20 万元。后被害人报警，警方通过查询收款人的信息将某甲抓获。

[案例二] 2000 年 11 月 27 日 9 时 19 分许，家住河北省石家庄南栗村的赵先生收到一条来自北京的短信，让其往一个户名为"黄某某"、卡号为"6228480831071241911"的农行卡上汇钱。正巧前一天晚上，赵某在外地居住的舅舅让他还钱，说是有急用，因此赵先生便以为短信是其舅舅发来的，当日 12 时许，他向此卡号汇去现金 8200 元，随后联系舅舅，舅舅告诉赵先生根本没有发信息。

案例显示，这些看似毫无弄虚作假的短信确实能够"弄"到钱，而且能够弄到大钱！其中的道理很简单，就是一个概率论中的小概率原理。一个事件如果发生的概率很小的话，那么它在一次试验中是几乎不可能发生的，但在多次重复试验中几乎是必然发生的，数学上称之小概率原理。统计学中，一般认为等于或小于 0.05 或 0.01 的概率为小概率。而助纣为虐的就是各种现代通讯技术，如短信群发技术，还有中国人的高同名率。犯罪嫌疑人的算计很简单：发送一条短信费用为 0.1 元，而借助群发短信软件一天之中发送 1 万条短信毫不费力。假设 1 万个人中，刚好有一个人相信了短信内容，并给发信人汇款 10000 元。那么，发信人就可以最多获得 $10000-10000*0.1=9000$ 元的收入。可见，在这个假设中，收信人上当的概率是 0.01%，但发

信人却获得了相对于成本9倍的“利润”。事实上，这个概率不可能等于0，而且可能比0.01%更高；再者，可能汇款的金额也许会很高，是好几万甚至几十万。由此我们就能够明白，为什么群发诈骗短信是如此普遍了。

当然，让骗子得逞的另一个原因就是中国人名字的同名率很高，以“李建”“陈源”“张辉”“刘燕丽”这些大众化的名字为例，在13亿中国人当中，同名同姓的成千上万。就在我写这篇文章的时候，我随便上了人人网，得知人人网上注册的叫李建的有99人，而叫卢建平的则有101人，其中还不包括我。而我在百度网上搜索的结果，中国同名同姓最多的是刘波，共有1306508位，第二位的叫李刚1055504，李海有910694位。[①] 因此，如果你正好认识一个叫李建的，正在和他做一件生意，正急着要给他汇一笔款子，而你因为不知他的账号正好刚刚向他查询过，那么这个时候一条来自李建的告知你账号并要求汇款的短信很可能就会让你损失一大笔钱！这种事件理论上叫做小概率事件，老百姓的俗话就是“赶巧了”！

细究起来，短信诈骗之所以能够屡屡得逞，与被害人的疏忽大意也有关系，被害人的失察、着急都会给人以可乘之机。而最根本的原因就在于现代社会的求快！为了追求高效率，一切都要快，通讯要快，汇款要快，生意也要快，赚钱更要快。殊不知，欲速则不达，一味求快，反而乱象丛生，损失惨重。

这里我们不再继续进行短信诈骗之所以得逞的原因分析，作为法学专业人士，我们要探讨的问题是，上述短信诈骗案件，是否符合传统刑法理论关于诈骗犯罪的客观行为特征的描述，即“虚构事实或者隐瞒真相”？

刑法通说认为，诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的基本构造是，行为人实施欺骗行为——相对人产生错误认识——相对人基于错误认识处分财产——行为人或第三人取得财产——相对人遭受损失。而欺骗行为，就是“虚构事实或者隐瞒真相”；所谓虚构事实，就是捏造不存在的事实，骗取被害人的信任；而所谓隐瞒真相，就是对被害人掩盖客观存在的某种事实，这种事实如果被害人知道，就不会将财物交给犯罪分子。[②]

---

① http://zhidao.baidu.com/question/285167974.html，2011-07-11。

② 高铭暄主编：《刑法学》，北京：法律出版社，1983，第491～492页。

就短信诈骗的具体手法而言，多数仍然可以归入上述虚构事实或者隐瞒真相的行为类型，如谎称中奖、谎称网络升级、谎称退税等，但前文案例中要求汇款的指令，特别是以本人真名、以本人的真实卡号“取财”的方法，则很难说是“虚构事实或者隐瞒真相”，因为这些信息本身属于白描，无任何虚构或隐瞒。行为人利用概率论里的小概率原理，借助现代通讯技术向不特定多数人发布大量甚至海量信息，有点类似于合同法上的射幸合同；虽然上当受骗者数量极少，但只要这种事件发生的概率存在，行为人的非法目的就实现了。当然，实践中，以自己的真名或真实卡号“取财”的仍然属于小概率事件，多数短信诈骗者为了防止行为败露被警察抓住，往往冒用借用他人身份证办理多个银行卡，这也印证了那句老话：“骗子哪有不骗人的”！但是，小概率事件毕竟是客观存在的，因而必须在理论上加以解说，进而在法律上予以正确评价。笔者认为，在这种特殊情形下，传统刑法理论关于诈骗行为特征的概括显得不适当或不完全。行为人对此往往辩驳没有虚构事实或隐瞒真相，而是相对人自己产生错误而自愿处分财产，其行为至多就是“不当得利”，而非诈骗。

传统刑法理论关于诈骗犯罪行为特征(虚构事实或者隐瞒真相)的概括之所以不适当或不完全，原因在于其是立足传统的社会交往方式，即人对人、面对面的交往：如果没有人和人之间的直接、间接的交往或交易，诈骗就不会发生；而在两个完全民事行为能力主体之间，一方只有通过语言或行为，虚构事实或者隐瞒真相，才能诱使对方上当受骗，从而产生错误认识并基于这一错误认识而交付财物。短信诈骗则是一种借助现代技术的新类型，即犯罪嫌疑人和被害人不见面(往往不认识)，嫌疑人基于非法占有他人财产的目的，通过短信群发系统向不特定对象发布大量或海量信息，诱使其中的极小概率的人产生错误认识并错误处分财产，在犯罪行为人和被害人之间，隔着一个机器、系统组成的网络。这种行为因为其社会危害当然应该在刑法上评价为“诈骗”。为此，诈骗犯罪的客观方面应该随着社会的进步而有所扩展，不仅包括传统的“虚构事实或者隐瞒真相”的方法，还应包括“致他人产生错误认识”的方法。客观上实施了虚构事实或者隐瞒真相等致他人产生错误认识的行为，主观上以非法占有为目的，主客观两方面齐备就成立诈骗罪。当然，如果行为人能够证明其不是出于非法占有的目的，而纯粹是因为错发来短信或是收信人的疏忽大意而错误处分财物，则行为人的行为属于不当得利，仅承担民法意义上的责任(如返还财产)。

2011 年 4 月 8 日，最高人民法院、最高人民检察院发布了《关于

办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。其中第 2 条规定：通过发送短信、拨打电话或者利用互联网、广播电视、报纸杂志等发布虚假信息，对不特定多数人实施诈骗，诈骗公私财物达到本解释第一条规定的数额标准，可以依照《刑法》第 266 条的规定酌情从严惩处。

《解释》第 5 条特别规定，诈骗未遂，以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节的，应当定罪处罚。

利用发送短信、拨打电话、互联网等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗，诈骗数额难以查证，但具有下列情形之一的，应当认定为《刑法》第 266 条规定的“其他严重情节”，以诈骗罪(未遂)定罪处罚：(1)发送诈骗信息五千条以上的；(2)拨打诈骗电话五百人次以上的；(3)诈骗手段恶劣、危害严重的。

《解释》第 7 条规定，明知他人实施诈骗犯罪，为其提供信用卡、手机卡、通讯工具、通讯传输通道、网络技术支持、费用结算等帮助的，以共同犯罪论处。

以上规定反映了信息化时代诈骗犯罪的新变化，将利用发送短信、拨打电话、互联网等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗的新情况纳入刑法评价的范围。而将发送诈骗信息五千条以上、拨打诈骗电话五百人次以上的，认定为刑法上诈骗罪的其他严重情节，以诈骗罪(未遂)定罪处罚，某种意义上可以说是“行为犯”的思路，加大了对此类行为的打击力度，这是刑法立法与时俱进的表现，应该予以肯定。但是，《解释》将信息限定为“虚假信息”或“诈骗信息”，而没有进一步的解释，这是值得商榷的。如前文所述，如果发信人的信息(诸如“你把钱汇到XX 账号上”)没有任何虚假的成分，能否认定为“虚假信息”“诈骗信息”？在其未实际取得财物的情况下，是否仍然能够认定为诈骗(未遂)？

其实，诈骗犯罪的核心就在于主观上具有非法占有目的，客观上实施了能够致使他人产生错误认识从而骗取他人财物的行为，欺骗的方法可以是虚构事实，可以是隐瞒真相，也可以是利用现代技术手段使他人产生错误认识的行为；在错误认识的标准上，既要考虑客观说即能使社会上一般人限于错误认识的境地，又要考虑统计学上的小概率原理。诈骗这种最古老的犯罪之一，在现代信息社会，也有了现代版本。而关于诈骗犯罪的治理，也因为诈骗犯罪与通讯技术、网络等现代工具的结合而具有了新的维度，诈骗犯罪的治理与技术的规范治理、网络空间治理等密切结合在了一起。

司法实务中诈骗犯罪若干疑难问题探析

庄建南[*]　柴志华[**]

诈骗犯罪是最古老的犯罪形式之一，也是目前刑事司法领域最多发的犯罪种类。随着社会经济的快速发展，经济形态的复杂多样，诈骗犯罪手段不断翻新，由此衍生出融资型诈骗、利用有价证券诈骗、利用保险方式诈骗、利用合同方式诈骗等众多诈骗犯罪形式。由于诈骗手段日益复杂化、隐蔽化，导致认定非法占有目的、单位犯罪、犯罪管辖地，以及犯罪数额等方面存在较多困扰。笔者拟从实务出发，结合相关理论探讨上述问题，以期进一步明晰认识。

一、关于非法占有目的的认定

《刑法》第 192、193、224 条明文规定了集资诈骗、贷款诈骗和合同诈骗必须以“非法占有为目的”，其他金融诈骗犯罪则没有明文规定“以非法占有为目的”。实践中，对于没有明文规定的诈骗类犯罪是否需要具有非法占有目的，存在不同意见。笔者认为，追本溯源，其他金融诈骗犯罪均脱胎于诈骗罪，前者与后者是特别法与普通法的关系，而且属于全包容关系的法条竞合，即两个法条犯罪构成性质具有同一性，但前者犯罪手段、犯罪对象等构成要件的外延小于后者。也就是说，其他诈骗犯罪法条的全部内容为诈骗罪法条内容的一部分。既然理论和实务界都认为诈骗罪行为人主观上需要具备非法占有的目的，那么其他诈骗类犯罪当然也要符合该目的。最高人民法院于 2001 年发布的《全国法院审理金融犯罪案件座谈会纪要》指出，“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪”，正是对沸反盈天争论的回应，希望至此尘埃落定。

1. 非法占有目的产生的时间

大多数诈骗类犯罪非法占有目的产生的时间不存在争议，即实施

* 浙江省人民检察院副检察长。

** 浙江省人民检察院检察官。

诈骗行为时犯罪人主观上具有非法占有目的，但在合同诈骗、恶意透支型信用卡诈骗中可能出现分歧。合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。在签订合同时骗取对方财物，一般认为是事前具有非法占有故意，而在履行合同过程中骗取对方财物，有观点认为是在事后产生非法占有故意。再如恶意透支型信用卡诈骗，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。透支即持卡人在卡内没有资金的情况下，在信用额度内先进行消费，这是持卡人根据信用卡使用协议正常行使权利的行为，并且为各大银行所积极鼓励。各大银行为扩大信用卡市场份额，赚取交易费用和收取利息，往往通过消费积分、兑换礼物等多种手段刺激持卡人透支消费。从透支行为本身，很难区分持卡人是善意透支还是恶意透支。于是，有观点认为，持卡人是在催收不还时产生非法占有故意，即事后产生非法占有故意。

对此，笔者不敢苟同。“责任与行为同时存在”是现代刑法理论公认的命题，[①] 我国刑法理论上的主客观相一致原则也包含了该内容，行为人的辨认、控制能力、故意、过失、目的等必须存在于行为时。犯罪目的是行为人通过犯罪行为希望达到的结果或状态，犯罪目的只能是行为时的目的，是否具备犯罪目的以及犯罪目的的内容都只能以行为时为准，即犯罪目的贯穿于行为之中，与犯罪行为紧密同行。对于在签订合同时没有非法占有的故意，在履行合同过程中骗取对方财物的，在案证据必须能够证明行为人在履行合同过程中获取对方财物时具有非法占有故意，如果在履行合同过程中没有虚构事实、隐瞒真相，没有非法占有故意，仅在事后不支付货款的，只能考虑侵占或民事上的债权债务关系，无法刑事入罪。同理，对于恶意透支型信用卡诈骗，催收不还是行为的客观表现，催收不还本身只表明行为人事后具有非法占有故意，而判断透支当时是否具有非法占有目的，尚需结合催收不还和其他证据综合认定，认定结果关乎信用卡诈骗犯罪能否成立。

2. 推定的适用

证明行为人主观目的有两种方式，一种是直接证明，即根据犯罪嫌疑、被告人供述直接获取；另一种是间接证明，即从客观到主观，

---

① 张明楷：《金融诈骗罪的非法占有目的及其认定》，载《刑事司法指南》总第 23 集，第 14 页。

从客观行为人推定其主观目的。实践中，通过合法审讯，犯罪嫌疑人、被告人自愿供认其具有非法占有目的，这几乎是不可能实现的任务，高智商的诈骗犯罪分子会千方百计抵赖狡辩，迫使司法认定只能走推定之路。《全国法院审理金融诈骗犯罪工作座谈会纪要》规定，对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获取资金后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。第(1)项开宗明义行为人明知自己没有归还能力，即获取资金时就无意归还。第(2)—(4)项携款潜逃、肆意挥霍和用于违法犯罪活动，表明行为人主动将自己置于无法归还或没有归还能力的境地，说明其具有非法占有目的。第(5)、(6)项抽逃、转移、隐匿资金和财产，隐匿销毁账簿和假破产、假倒闭等，表明行为人隐瞒自己具有归还能力的真实情况，进而说明其具有非法占有目的。可见，上述六项推定理由都与没有归还能力相连。

实践中，如果行为人具备归还能力，往往假托各种说辞，理由真假难辨，司法机关很难下定决心认定其非法占有故意，因此关于主观目的的取证工作就全部集中在没有归还能力方面。一旦证据证明行为人没有归还能力，司法机关也就止步于此，认为证据已经到位。笔者认为，应转变这种认定思路。单凭没有归还能力推定其非法占有故意，难逃主观归罪嫌疑，应坚持归还能力与归还意愿的统一，二者缺一不可。对于具备归还意愿，但没有偿还能力的，不能以空口无凭、不足为信为由，直接推定其非法占有故意。对于行为人将资金投入可能产生回报的生产、经营、项目之中的，必须慎重认定其非法占有故意能否成立。同时，上述第(1)项是获取资金时的行为，其余均是获取资金后的行为。由于行为时的主观故意难以确定，司法退而求其次，转向证明行为人的事后行为，事后行为直接反映的是事后故意，以事后行为推定行为时的主观故意，较之一般推定，无疑增添了更多风险，应高度重视反驳。对于行为人事后没有逃避，有筹措资金意欲弥补损失行为的，要客观判断反驳能否成立，进而正确认识行为人是否具有非法占有故意。

二、关于单位诈骗犯罪的认定

1. 单位犯罪和个人犯罪的界限

根据刑法规定，单位可以构成集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、合同诈骗罪。目前区分单位犯罪和个人犯罪，主要根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》中两条规定，一是“个人为进行违法犯罪或而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。”二是“盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。”但是，实践中经常遇到涉案单位在成立过程中存在虚假出资、抽逃出资、挂名股东等违法行为，以及公司财产和个人财产混同，能否认定为单位犯罪的问题。一种观点认为，坚持形式主义，只要具备公司外衣就作为单位犯罪处理，一种观点认为，坚持实质认定，不具备公司实质条件的，应作为个人犯罪处理。

笔者认为，从理论上说，单位犯罪和个人犯罪只是犯罪主体的不同，但是刑法对待两类犯罪的刑事政策差异较大，总体上对待单位犯罪中自然人的惩罚，要宽于对单纯个人犯罪的惩罚。当然近年来最高司法机关的相关司法解释在有意拉平一些犯罪的单位犯罪数额和个人犯罪数额。如果不仔细鉴别单位的具体情况，都认可其单位犯罪的主体资格，就会把一些个人犯罪作为单位犯罪处理，从而放纵了个人犯罪，有失公平。因此，应严格认定单位犯罪的主体资格。美国的泰勒曾经说过：“有限责任公司是近代最伟大的一个发现，甚至连蒸汽机和电的发明都不如有限公司来得重要。”这是其对有限公司在商品经济发展中发挥的重要决定性作用予以的充分肯定。但是随着公司设立门槛的降低，有限公司良莠不齐的状况已经形成。可以说，当前成立有限公司易如反掌，两人三万元即可申请注册，公司成立后是否抽回出资，运营中是否建立财务制度，股东是否共同参与决策经营等，很大程度上全凭行为人自觉。如果说有限公司成为一件唾手可得的外衣，行为人全无公司独立人格意识，在公司运转过程中不能坚持资本确定、资本维持、资本不变原则，多名股东实际一人主事，公司资金随意支取，那么就是以单位之名，行个人犯罪之实。因此，笔者认为，区分单位犯罪和个人犯罪的关键在于公司是否依法成立，公司财产是否独立，以及股东之间有无制约。对于行为人违反公司法的规定，在公司成立

之初未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资的，因为其成立违法，自始无效，那么至终无效，不予认可其单位人格；对于名义上多名股东，实际一人出资，其他人挂名的，可视为一人公司，不能证明公司财产独立于股东自己财产的，不认可其单位犯罪主体资格；对于公司财产和股东个人财产混为一谈，股东利益和个人利益交织在一起的，公司无独立人格可言，应视为个人犯罪。

2. 单位立功的认定

立功是指揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的行为。目前刑事法律对单位立功没有明文规定，有观点认为既然法律没有规定，单位就不存在立功。笔者认为，不应一概否定，理由有三。一是单位具有法律拟制人格。表面看争论分歧在于法律有无明文规定，实际根源在于对单位犯罪主体资格的认识。如果认为单位既没有思想，也没有躯体，其当然不能实施立功行为。但既然 97 刑法将个人刑事责任与单位刑事责任一体化，承认单位是独立的犯罪主体，那么就认可单位具有自己的整体意志和行为，具有法律拟制人格。所谓法律拟制人格也就是在一定程度上将其与真实人格的自然人同等对待，设定其能够像自然人一样表达行为，自然人可以立功，单位当然也能够立功。二是刑法规定的立功条款包括单位和个人。法律没有明文规定单位立功，不代表单位不能构成立功。刑法总则的规定林林总总，并没有在每一项规定前限定犯罪主体为个人，而单位和个人同为 97 刑法法定的犯罪主体，理应同样适用。三是单位立功与单位自首应统一把握。《最高人民法院 最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》中对单位立功进行了具体规定，单位自首与单位立功性质类似，应予同等对待。立功一方面体现行为人主观恶性的降低，另一方面可以获得从轻处罚，单位具备立功动因，也值得鼓励。

考虑到单位的意志和行为区别于作为单位成员的自然人的意志和行为，笔者认为在实践中准确认定单位立功，关键在于把握以下几方面：(1)单位可以成立立功。既然可以将单位中自然人实施的犯罪行为在符合相应条件时归结为单位实施的犯罪行为，同样可以区分情况将自然人的立功表现认定为单位的立功表现。(2)区分单位立功与个人立功的关键在于立功人代表的是单位还是个人。单位犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的，应当认定为单位立功。单位

犯罪中不予追究刑事责任的其他自然人揭发他人犯罪行为或者提供重要线索，明确表示为了单位利益的，并且得到单位负责人或领导集体认可的，也可以构成单位立功。(3)单位立功的效果可及于个人，但需以个人认可单位的立功行为为条件。即直接负责的主管人员和直接责任人员认可单位立功行为的，可以认定为自然人立功；不认可单位立功行为的，不能认定自然人立功。(4)个人立功的效果不能及于单位。单位没有立功，直接负责的主管人员或直接责任人员揭发他人犯罪行为或提供重要线索的，对该直接负责的主管人员或直接责任人员应当认定为立功。

三、关于诈骗犯罪管辖的确定

1. 犯罪地的理解

根据刑诉法规定，刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果被告人居住地的人民法院审判更为适宜，可以由被告人居住地的人民法院管辖。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》规定，犯罪地是指犯罪行为发生地。以非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。综上，刑事案件以犯罪地管辖为主，被告人居住地管辖为辅，在财产性犯罪中犯罪地扩大至财产取得地。但是随着网络诈骗、电信诈骗等非接触方式犯罪的出现，原有犯罪地管辖原则遭遇挑战。犯罪地管辖原则确立的初衷，大体有以下几方面考虑：一是有利于公安机关收集证据，方便检察机关移送证据和支持起诉，也便于法院全面、客观地调查案件事实，核实控辩双方提交的各项证据；二是便于被害人、证人参加诉讼活动，减少不必要的传唤、通知负担；三是对犯罪地的公众旁听法庭审判有保障作用，也有利于对犯罪地公众进行法制宣传教育。[①] 因为犯罪地往往是犯罪现场所在地和被害人所在地。但是通过网络、电信等媒介诈骗，犯罪地对于侦查的意义已经大大弱化。首先，犯罪分子在任何地域进入网络空间都是相同的，无线网络技术可以让行为人随时随地实施犯罪，对现实地域没有依赖，可以任意转移，因地所谓犯罪地对于便利刑事诉讼几乎没有意义。其次，犯罪分子在利用电话、网络等通讯工具和媒介向不特定人发布诈骗短信、邮件、信件、传真等，被害人可能分布在五湖四海，到犯罪地参与诉

① 樊崇义主编：《刑事诉讼法学》，北京：中国政法大学出版社，2002，第156页。

讼极为不便。最后，司法机关很难自主发现诈骗犯罪，主要依靠被害人报案，而被害人报案首选的是居住地的司法机关，但居住地司法机关没有管辖权，而犯罪地具有分散性和流动性，被害人将遭遇报案无门，也给侦查工作的启动带来障碍。

正是由于犯罪地管辖的局限，相关司法解释纷纷对犯罪地作扩大解释，例如“两高”、公安部在《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》中规定，“犯罪地”包括犯罪预谋地，毒资筹集地，交易进行地，毒品生产地，毒资、毒赃和毒品的藏匿地、转移地，走私或者贩运毒品的目的地以及犯罪嫌疑人被抓获地等；在《关于网络赌犯罪案件适用法律若干问题的意见》中规定，“犯罪地”包括赌博网站服务器所在地、网络接入地、网络赌博网站建立者、管理者所在地，以及赌博网站代理人、参赌人实施网络赌博行为地等。因此，笔者认为，对于网络诈骗、电信诈骗等犯罪案件的地域管辖，为适应侦查和打击犯罪需要，在坚持犯罪地管辖为主、被告人居住地管辖为辅的前提下，将下列地区视为犯罪地：(1)犯罪分子拨打诈骗电话的地方、利用网络发布诈骗信息的 IP 地址所在地；(2)被害人接到诈骗电话、短信、电子邮件、信件、传真等犯罪信息的地方；(3)被害人向犯罪分子账户转账的地方，给犯罪分子汇款的地方；(4)犯罪分子开户地、提取赃款地等。

2. 指定管辖的程序和改变管辖的操作

根据刑诉法规定，上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。实践中，公安机关移送审查起诉的案件，同级检察院没有管辖权，需要上级法院指定管辖的，浙江省操作程序与最高法院差异较大。浙江做法是在公安机关移送审查起诉之前，通过上级公安、检察、法院之间的协商，先由上级法院下达指定管辖决定书。而最高法院操作程序是公安机关移送审查起诉之前，检察机关层报最高检商请最高法指定管辖，最高法发函原则同意，待案件提起公诉之后，下级法院逐级请示到最高法，最高法再下达指定管辖决定书。一般认为，管辖是法院内部审判权力的划分，属于法院自主裁决的事项。在法院系统内部，主要是依据实用性原则决定管辖事项，包括方便法院诉讼、提高审判效率等。笔者认为，浙江做法在审查起诉之前解决了起诉和审判的合法性问题，有利于节省诉讼资源，提高诉讼效率。而最高法的做法，虽然更加注重指定管辖的依据是否充分，但很可能带来审查起诉工作的无效进行，使已经消耗的诉讼资源不能发挥任何作用。而且法院系统内部逐级请示的时间，不计算在审限之内，必然出现审限延长、超

期羁押。最高法院以不了解案情为由不予提前指定管辖，应该说有其道理，但完全可以通过侦查、检察提供相应案件资料方式弥补，单凭此点不足为虑。

法院对于已经进入审判程序的案件，发现没有管辖权或者上级法院指定其他法院管辖的，如何处理与起诉机关的关系，实践中有两种做法。第一种做法是，原起诉机关撤回起诉，移送有管辖权的人民检察院，移送后的人民检察院重新提起公诉。第二种做法是，受案法院将案件移送有管辖权或被指定管辖的人民法院，但是起诉机关并不随之变更，继续由原起诉机关异地支持公诉。第一种做法，不符合撤回起诉条件。依据刑诉法和相关司法解释规定，撤回起诉仅限于两种情形，一是不存在犯罪事实，二是犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任，并不包括管辖变更情形。撤回起诉属于严重的起诉错误，与无罪判决相当，主要是实体认定出现重大问题，不解决轻微的程序偏差问题，第一种做法采用撤回起诉解决管辖合理性问题，不可取。第二种做法不符合法律规定，但是否符合法律精神，值得探讨。根据《刑事诉讼法》第 141 条之规定，人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。据此，检察机关提起公诉除案件达到实体要求外，还要求对案件具有公诉权，公诉权由案件审判管辖范围决定，即检察院只能对相对应法院提起公诉。如依审判管辖的规定，该案不属于相应法院管辖，该检察院就不具有对这一案件的具体的公诉权。[①] 确定刑事案件由犯罪地法院审判，是为了解决各地法院在受理一审案件方面的分工，是对不同地区法院之间审判权力的划分。而决定地域管辖的考量因素，无非是诉讼便利、诉讼经济、诉讼效率等。笔者认为，地域管辖可以适当变通。例如两个以上法院都有管辖权的案件，原则上由最初受理的人民法院管辖，必要时移送主要犯罪地法院管辖，而这种必要时的移送，仅限于案件尚未开庭审判的。如果案件已经开庭审判，则无论存在何种“必要情况”，最初受理的人民法院都应当对案件依法审判。[②] 可见，移送管辖时要充分考虑诉讼经济原则。对于已经提起公诉的案件，受案法院移送省内、市内其他同级法院管辖的，原公诉机关异地支持公诉，充分体现了诉讼经济原则，无论对于提高诉讼效率和节省诉讼资

① 龙宗智：《检察制度教程》，北京：法律出版社，2006，第 252 页。

② 熊选国主编：《刑事诉讼法司法解释释疑》，北京：中国法制出版社，2002，第 15 页。

源都是一个明智之举。因此，笔者认为，对于为数不多的在审判阶段改变管辖的案件，应该允许原公诉机关在一定范围内异地支持公诉。

四、关于诈骗犯罪数额的认定

1. 构罪标准的确定

《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》，提高了五种案件立案追诉标准中的数额标准，包括贷款诈骗、票据诈骗、金融凭证诈骗、有价票证诈骗、合同诈骗，分别提高至 10000 元或 20000 元。而诈骗罪定罪标准仍为 4000 元，与上述金融诈骗犯罪差距较大，适用中出现困惑。确定构罪标准，归根结底在于行为的社会危害性。马克思说，“如果犯罪的概念要有惩罚，那么实际的罪行就要有一定的惩罚尺度……对于财产来说，这样的尺度就是他的价值。”也就是说衡量财产犯罪危害性的尺度就是所侵害财产的价值。笔者认为，诈骗类犯罪手段相似，性质相同，刑事追诉范围应予协调平衡。具体理由有三：一是调整前述五种金融诈骗犯罪追诉标准，除考虑修改后与集资诈骗、信用卡诈骗、保险诈骗的数额标准更加协调外，主要基于经济发展的考量。2001 年以来我国经济社会快速发展，国内生产总值、居民收入及消费都增长约一倍，原有数额标准偏低，[①] 而该背景同样适用于诈骗罪。二是遵循法条竞合适用原则出现刑罚真空地带。其他金融诈骗犯罪与诈骗罪与属于特别法与一般法的关系，按照特别法优于一般法的原则，应适用特别法。因此，对于合同诈骗数额在 4000 元至 20000 元之间的行为，既不能适用诈骗罪，也不能适用合同诈骗罪，处罚无据。三是构罪标准高低与法益受损程度矛盾。一般认为，金融诈骗犯罪属于侵犯复杂客体的犯罪，其主要侵害了金融秩序，同时侵害了公私财产所有权，而诈骗罪侵犯单一客体，即公私财产所有权，从法益受损程度看，前后重于后者，相应的，前者入罪范围也应大于后者。综上，笔者认为，诈骗犯罪的定罪数额亟须提高。

2. 犯罪数额以实际取得为准

1996 年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》规定，利用经济合同进行诈骗的，诈骗数额应当以行为人实际骗取的数额认定，合同标的数额可以作为量刑情节予以考虑。2001

---

① 陈国庆、韩耀元、吴峤滨：《〈关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)〉理解与适用》，载《刑事审判参考》总第 75 集，第 131 页。

年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》也规定，在具体认定金融诈骗的数额时，应当以行为人实际骗取的数额计算。对于行为人为实施金融诈骗活动而支付的中介费、手续费、回扣等，或者用于行贿、赠与等费用，均应计入金融诈骗的犯罪数额。但应当将案发前已归还的数额扣除。综上，诈骗类犯罪的犯罪数额以行为人实际取得为准。在大多数诈骗类犯罪中行为人实际取得额不难认定，但在连环诈骗犯罪中，产生争议。例如租车典当案件，第一种意见认为，诈骗犯罪金额为汽车价值；第二种意见认为，诈骗犯罪金额为典当金额；第三种意见认为诈骗金额为汽车价值和典当金额合计。第一种意见考虑到了二个犯罪环节的差异，侧重第一个诈骗环节。第二种意见侧重行为人的主观方面，但不能反映物品的真正价值。行为人租车的目的就是用于典当，但典当额往往低于汽车的价值。第三种意见是两个被害人的实际损失额。笔者认为，第一种意见更为中肯。行为人通过第一个环节实际取得了汽车，通过第二个环节取得了典当款。应该说行为人通过第一个环节的欺诈行为，实现了非法占有汽车，诈骗行为已经既遂，既遂之后其通过何种方式变现，属于对赃物的处置问题，不影响非法占有的成立。第二种意见充分注意到行为人目的在于骗租车辆变现，但是忽略了汽车价值和典当金额的差价，对该部分财产有所权的侵犯没有体现在犯罪数额认定中。第三种意见考虑到两个环节，两个被害人，两笔损失额。但是典当额包含在汽车价值之中，两项相加，导致重复计算，不当扩大了社会危害性。综上，笔者认为，判断诈骗犯罪实际取得额，要仔细鉴别犯罪指向的数额，行为人落袋为安的数额，犯罪涉及的数额，以及被害人损失的数额，力争使认定的数额客观反映行为的社会危害性，并在犯罪形态、犯罪阶段等方面能够作出合理解释。

诈骗罪的罪状要素与立法责难点的选择

——兼评两高《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

楼伯坤*

一、诈骗罪的罪状要素及其表现

(一)诈骗罪的罪状要素

我国《刑法》第266条规定，“诈骗公私财物，数额较大，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金……”据此，诈骗罪的罪状包括“诈骗”、“财物”和“数额”三个基本要素。它们是组成诈骗罪不可缺少的元素。其中，“诈骗”是区分诈骗罪与其他纯粹侵犯财产型犯罪的关键。

1. 诈骗罪与其他单纯性财产罪的界分标准是行为要素

在我国《刑法》第五章所涉及的12个罪名①中，其犯罪客体都是财产权，主观方面都是故意的，尤其是作为自然犯，其犯罪主体都是自然人，这些都是相同的。诈骗罪与其他单纯性财产罪唯一不同的是行为方式。

2. 诈骗罪与特定诈骗罪的共同基础是“诈骗”行为

在我国刑法规定的集资诈骗罪、贷款诈骗罪、金融票证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪、合同诈骗罪等特定诈骗罪中，尽管它们在犯罪主体、犯罪对象、具体方法上均有重大差别，但在犯罪客观方面均有“诈骗”行为这一点相同的。

3. 诈骗只是招摇撞骗罪罪状要素的一个单元，不具有完整性

诈骗罪与招摇撞骗罪二者都使用欺骗手段，后者也可能获得财产

---

* 浙江工商大学法学院副院长、教授，法学博士。

① 这12个罪名分别是：抢劫罪；盗窃罪；诈骗罪；抢夺罪；聚众哄抢罪；侵占罪；职务侵占罪；挪用资金罪；挪用特定款物罪；敲诈勒索罪；故意毁坏财物罪；破坏生产经营罪。

利益；但二者在主观目的的内容、犯罪手段的形式和侵犯客体的内容上，均有不同。招摇撞骗罪所骗取的不仅是财物，还可以包括职位、荣誉等，它属于妨害社会管理秩序罪的范畴。若行为人冒充国家工作人员骗取了公私财物时，它就侵犯了国家机关的正常活动和他人财产权两种客体，属于牵连犯，一般应以《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第8条①的规定定罪处罚。如果先后分别独立地实施了两种犯罪，相互之间没有关联性，则应按照数罪并罚的规定处理。

然而，在1997年《刑法》系统增设特定诈骗犯罪种类后，第266条的诈骗罪成了欺诈性犯罪的兜底性规定。因此，需要重新审视该条款除了作为独立犯罪以外的、能够成为其他欺诈性犯罪基础罪状的科学性和合理性。由于诈骗罪是物质性结果犯，② 因此，立法规范对诈骗罪罪状设置和要素选择都是采用行为人视角。这种方法，在绝大多数罪状的设置中是可行的。但由于欺骗行为在日常生活中的多样化，一些善意的谎言和民事欺诈都可以纳入“欺骗”的范畴，因此作为刑法追责的对象，必须以欺骗行为与被害人的心态比较来考量其入罪的必要性。而现行刑法关于诈骗罪的立法，没有将被害人的心理态度作为明确的罪状要素，使得刑法理论解释诈骗罪的“诈骗”行为程度出现了完全不同的结果。

（二）修正诈骗罪罪状要素的表现

上述诈骗罪的三个基本要素是犯罪的成立要素，但在具体应用中，需要结合《刑法》总则第13条的规定分析“诈骗”、“财物”和“数额”的相应程度。根据《解释》，修正的诈骗罪的罪状要素，大致可以分为以下一些类型。

1. 入罪要素

即在不完全符合刑法分则对具体犯罪罪状要求的条件时，也可以据此入罪的要素。根据我国刑法对诈骗罪的要求，必须达到数额较大才能认定为诈骗罪。但是，对于某些虽然没有达到法定（含司法解释）的数额要求，仍然可以以结果犯对其确认犯罪。《解释》第5条规定：“诈骗未遂，以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节

① 《解释》第8条规定：“冒充国家机关工作人员进行诈骗，同时构成诈骗罪和招摇撞骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

② 尽管对于物质性结果的理解还有分歧，但作为基础性罪名的诈骗罪，其犯罪结果是财物为非法侵占则是无疑的。

的，应当定罪处罚。”“利用发送短信、拨打电话、互联网等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗，诈骗数额难以查证，但具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百六十六条规定的‘其他严重情节’，以诈骗罪(未遂)定罪处罚：(一)发送诈骗信息五千条以上的；(二)拨打诈骗电话五百人次以上的；(三)诈骗手段恶劣、危害严重的。”“实施前款规定行为，数量达到前款第(一)、(二)项规定标准十倍以上的，或者诈骗手段特别恶劣、危害特别严重的，应当认定为刑法第二百六十六条规定的‘其他特别严重情节’，以诈骗罪(未遂)定罪处罚。”

2. 出罪要素

是指在达到了法定的构成犯罪条件的情况下，也可以以某些要素的社会危害性较小而确定不构成犯罪。《解释》第 4 条规定：“诈骗近亲属的财物，近亲属谅解的，一般可不按犯罪处理。”

3. 从严要素

即以犯罪构成要素之外的要素来决定加重或从重处罚的情形。《解释》第 2 条从作案手段、骗取财物性质、行骗时机、行骗对象、危害后果等方面规定了可以依照《刑法》第 266 条的规定酌情从严惩处的诈骗犯罪情形：一是通过发送短信、拨打电话或者利用互联网、广播电视、报刊等发布虚假信息，对不特定多数人实施诈骗的；二是诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物的；三是以赈灾募捐名义实施诈骗的；四是诈骗残疾人、老年人或者丧失劳动能力人的财物的；五是造成被害人自杀、精神失常或者其他严重后果①的。

4. 从宽要素

根据《解释》第 3 条的规定：诈骗公私财物虽已达到本解释第一条规定的“数额较大”的标准，但具有下列情形之一，且行为人认罪、悔罪的，可以根据《刑法》第 37 条、《刑事诉讼法》第 142 条的规定不起诉或者免予刑事处罚：(1)具有法定从宽处罚情节的；(2)一审宣判前全部退赃、退赔的；(3)没有参与分赃或者获赃较少且不是主犯的；(4)被害人谅解的；(5)其他情节轻微、危害不大的。《解释》第 2 条规定：“诈骗近亲属的财物，确有追究刑事责任必要的，具体处理也应酌情从宽。”

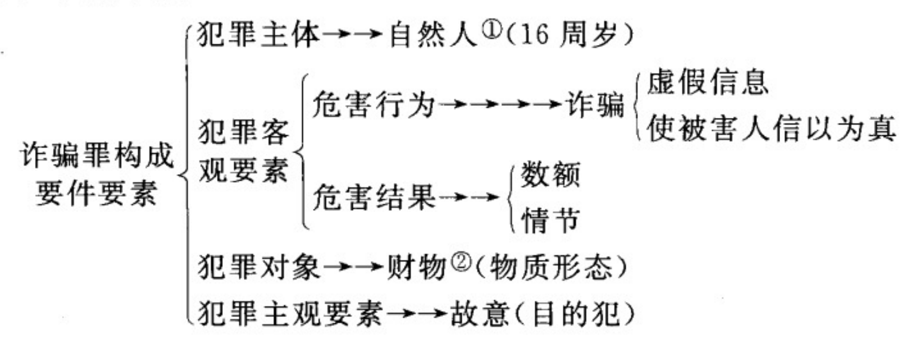
上述从宽、从严的要素被司法解释确定来作为指导刑事司法量刑

① 诈骗数额接近本解释第一条规定的“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准，并具有前款规定的情形之一或者属于诈骗集团首要分子的，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的“其他严重情节”、“其他特别严重情节”。

的依据，并无不妥。从刑法立法的角度看，对未遂犯追究刑事责任也是无可指责的。但是在我国《刑法》明确规定罪刑法定原则后，在刑法分则对诈骗罪明文规定有“数额较大”要求的情况下，《解释》将没有数额或尚无法确定数额的未遂情形纳入追究刑事责任的范围，是一种超越权限的无效解释。

二、诈骗罪罪状要素的结构特征

从刑法分则对诈骗罪的规定来看，其罪状的结构就是由前述的三个要素构成的。它们完整地担负了诈骗罪的“行为模式”。但是，从中国犯罪构成要件的整体性分析，犯罪的构成也需要刑法总则相应的共性要素，如主体和主观方面。因此，我们可以把诈骗罪的罪状结构要素作如下的归纳：



上述诈骗罪的罪状要素是构成诈骗犯罪的完整体系，需要各个要素的有机结合。在大量实例中，这些要素的组合都是可以具备的。但在新的犯罪形式中，以“电信”或者“网络”等“非当面”形式发出“虚构的事实”、“隐瞒的真相”，是否属于行为本身的范畴，值得商榷。最高人民法院研究室主任胡云腾就司法解释中的电信诈骗定罪量刑问题进行

① 也有人认为单位也是诈骗罪的主体。参见张玉清：《单位可以成为诈骗罪的主体》，《犯罪研究》，2004(5)；李生永：《论在经济活动中的诈骗罪问题》，载赵秉志等编：《全国刑法硕士论文荟萃》，北京：中国人民公安大学出版社，1989，第721～722页。同时还有人认为我国刑法中的诈骗罪，不能笼统地讲能否由单位构成，而应当根据具体条文的不同规定分别认定。参见龚培华：《单位能否构成诈骗罪主体》，载《中国刑事法杂志》总第37期，第48页。笔者认为，根据最高人民法院法发[1996]32号《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第一条第4款的规定精神，即使是单位实施诈骗犯罪，也只能追究自然人的刑事责任。

② 张明楷：《财产性利益是诈骗罪的对象》，载《法律科学》(西北政法学院学报)，2005(3)。但也有人根据《刑法》第210条，使用欺骗手段骗取增值税专用发票或者可以用于骗取出门退税、抵扣税款的其他发票的，成立诈骗罪的规定，认为无形财产也可以成为诈骗罪的对象。

了解读："从公安机关近几年破获的多起境内外勾结的电信诈骗犯罪来看，其中的难点主要在于证据的认定方面，犯罪分子想尽办法钻法律的空子。因此在司法实践中严厉打击电信诈骗，就需要通过司法解释及时解决电信诈骗定罪量刑中遇到的新问题。为有效惩治和预防电信诈骗犯罪活动，司法解释针对电信诈骗行为查处难、取证难，诈骗数额往往难以查清的实际，根据刑法总则有关犯罪未遂的规定，专门划定了'硬杠杠'，进行了明确、具体的规定：对电信诈骗数额难以查证，但发送诈骗信息5000条以上的，拨打诈骗电话500人次以上的，或者诈骗手段恶劣、危害严重的，即可以诈骗罪(未遂)追究刑事责任。发送诈骗信息的条数及拨打诈骗电话的次数，通过技术侦查手段可以查证，而且5000条、500人次的数量规定，也符合打击此类犯罪活动的现实需要。"①

可见，《解释》已经把诈骗罪由原先的纯粹结果犯改成了依附于行为的数额犯。尽管从刑法理论上，数额犯也属于广义结果犯的范畴，但该司法解释不是对行为实施后出现的结果形态的描述，而是对行为程度的描述，或多或少背离了刑法立法对诈骗罪罪状要素——财物数额的要求。

三、诈骗罪罪状要素的立法选择

(一)诈骗罪在犯罪类型中的位置

这主要涉及犯罪划分的标准和分类基础。诈骗罪是侵犯财产型犯罪的一种独立犯罪，其区分要素是"诈骗"。为此，首先需要解决"诈骗"的含义。有人认为诈骗与诈欺(欺诈)同义②；或者把金融领域的诈骗称为"诈欺"、"欺诈"③；还有人认为，"欺诈"和"欺骗"是同义词而不是等义词。欺诈比欺骗在程度上应当更严重，既然在民商法和经济法上都已使用"欺诈"一词而不使用"欺骗"一词，作为保障法的刑法就更不应采用"欺骗"一词，并建议在修改刑法时，应尽量将"欺骗"改为"欺诈"。④

笔者认为，作为诈骗罪诈骗行为的内涵是"虚假"。因此，在外延

① 最高人民法院：《解读〈关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉》，http://www.gs-n-tax.gov.cn。

② 王晨：《诈骗犯罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，1999，第1页。

③ 陈兴良：《金融诈欺的法理分析》，载《中外法学》，1996(3)。

④ 《欺诈犯罪原理探究》，http://club.topsage.com。

上，无论是界定为“欺骗”也好，还是包括“欺诈”也好，只要是让被害人上当的，都属于“诈骗”的范畴。据《现代汉语词典》的解释，“欺诈”是“用狡猾奸诈的手段骗人”，而“欺骗”是“用虚假的言语或行动来掩盖事实真相，使人上当”。比较二者，虽然“欺诈”针对财物的目的性更强一点，但较为温和的“欺骗”只要能够达到让被害人自愿交付财物的效果，同样应该作为诈骗罪的行为要素。鉴于汉语言中这些词在日常生活中的差异性，笔者主张刑法中还是采用“诈骗”更为恰当。因为“诈骗”既表明行为方式的虚假性，又强调行为人追求“取财”的结果和目的。这符合刑法对诈骗犯罪既遂形态要求是结果的实质要求。

(二)单一犯罪罪状要素的选择应以责难点为基准

罪状要素的选择是刑法立法的关键。在通常的刑法立法中，界分每一个具体犯罪的标准就是罪状。它是以行为为核心的要素选择活动。“罪状建构的过程，是以犯罪行为为中心，然后有选择地描述犯罪客体、犯罪对象、犯罪主体、主观方面、犯罪情节、危害结果、犯罪时间、犯罪地点等犯罪构成要件的过程，这个过程不仅是个技术性论题，更是立法者行使刑事立法权，进行刑事立法的过程。”①“罪状建构应该量体裁衣，根据具体犯罪的本质、特征，考虑具体犯罪的社会危害性，并结合我国法律文化传统及社会经济发展需要，对具体犯罪的构成要件进行筛选。”②

在行为要素上，诈骗罪的基本行为是“欺骗”。欺骗行为的实质在于使被害人陷入或维持处分财产的认识错误并进而处分财产，即是使被害人陷入错误认识的行为。然而，实施欺骗行为本身并不是诈骗罪行为人的目的所在，其目的在于“取得财物”。“诈骗罪的客观方面是区别本罪与他罪的事实根据，也是发现和判断行为人主观心理态度，认定犯罪主观方面的客观根据。”③“判断行为人的行为是否构成诈骗罪，区分的依据是被害人交付财产是否‘自愿’”。④ “对于被害人处分行为的认定是界分盗窃罪与诈骗罪的真正关键点……诈骗罪中的处分行为是指具有一定的处分能力的行为人以明确的意思表示的方式直接将其

①② 曾月英、周文迪：《罪状建构的理念定位与标准采纳——以我国刑法第 198 条之保险诈骗罪为例》，载《政治与法律》，2010(5)：73～75。

③ 陈瑞林：《诈骗罪若干问题探究》，载《汕头大学学报》(人文科学版)，1999(3)：37。

④ 王飞跃：《“被害人自愿”与诈骗罪认定》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》，2004(4)：108。

既存的权利给予变更。”①因此，笔者认为，诈骗罪的“欺骗行为”不是简单“说谎”或“隐瞒”，而是要“达到使被害人自愿交付财物”的程度。“诈骗罪的‘欺骗’行为，是作为取得财物、财产上利益的手段而实施的，故必须有使受骗者实施交付或者其他财产处分行为的‘欺骗行为’。因此，即使是使对方陷入错误的行为，但如果不是使对方基于该错误实施交付或者其他财产处分行为，就不能说该行为是作为诈骗罪实行行为的‘欺骗’行为。”②由此可见，被害人陷于假象而形成自愿意志是寓含于该“欺骗”的行为要素。从立法责难的角度分析，需要纳入刑法追责的不是行为人实施了欺骗行为本身。因为诈骗罪不是行为犯，而是结果犯。在诈骗罪的场合，作为结果犯的行为要求是行为＋行为对结果的影响力。在某种情况下，尽管结果没有实际出现，但作为犯罪要素已经具备了，犯罪构成的要件也就成立了，犯罪同样可以构成。同时，在诈骗罪设定成结果犯的场合，立法确定追究未遂罪的刑事责任，就是基于行为对结果影响力的原因。

在行为对结果影响力的考察中，需要把握两个方面的内容：一是行为对结果的原因力，即结果的产生是由该行为引起的，行为与结果之间具有因果关系；二是这种对结果的影响力属于行为的要素，而不是作为“结果”的独立要素。正是这种影响力具有行为性，对它的责难就应当纳入行为的范畴，是对行为人行为社会危害性的否定。因此，只要这种影响力已经出现，并且客观存在，那么，即使对方在判断上有一定的错误，也不妨碍诈骗行为的成立。

四、结　语

诈骗罪由于是以行为方式区别于其他侵犯财产罪的，而刑法立法对诈骗罪的行为方式用词只有“诈骗”二词。在刑法立法简明扼要的立法技术要求下，应当对“诈骗”作更为明确的描述，建议将其改为“采用欺骗手段使他人自愿交付财物”。只有当诈骗罪选择“欺骗致自愿交付”为责难点时，诈骗罪才能成为一个独立犯罪，才具备了可以为各种特定诈骗犯罪所要求的共性特征，以及区别于非诈骗犯罪的个性特征。

---

① 柳叶：《“处分”视角下盗窃罪与诈骗罪的界分》，载《广西政法管理干部学院学报》，2009(5)：62。

② ［日］福田平：《刑法各论》，东京：有斐阁，2002，第252页。

适用诈骗罪新司法解释的几个问题

何柏松*

在刑事司法中，诈骗是最常见、多发的侵财类案件，它直接侵害公私财物的所有权，社会危害较大。1997 年第 1 期《最高人民法院公报》中指出，对诈骗罪数额、情节的认定，在新的司法解释尚未作出之前，仍可适用 1996 年 12 月 16 日《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》(以下简称旧司法解释)。这种情况在现行刑法中是十分罕见的。在此后的十多年间，我国经济社会发生了深刻变化，包括诈骗罪在内的经济犯罪手段和方式不断翻新，打击这类犯罪的难度越来越大。为了更好地指导司法实践，2011 年 3 月 1 日的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称新司法解释)，该解释已于同年 4 月 8 日施行。司法实践中，准确理解和适用新司法解释需要注意以下几个问题。

一、犯罪数额的问题

与旧司法解释相比，新司法解释在犯罪数额上主要有四个显著变化：一是提高了诈骗罪三个量刑档的数额。二是以同时限定上下限的方式，确定了“数额较大”“数额巨大”的数额区间，且区间幅度明显增大，也就是说在罪与非罪、判多判少的门槛设定上，新司法解释赋予省级司法机关更大的自由裁量权。三是新司法解释取消了个人诈骗与单位诈骗的数额区分，统一了入罪和量刑的标准。四是增加了定罪量刑的非数额要素。诈骗罪是最典型的数额犯，即使是未实际获取财物的诈骗未遂也需要达到意欲骗取数额巨大财物的要求，并且诈骗罪的情节要件是与犯罪数额配合适用的。但新司法解释对于针对不特定多数人实施的电信类诈骗，以发送短信、拨打电话的次数作为定罪处罚依据，应当说是对传统刑法理论的较大突破。笔者认为，对于此类案

---

* 北京市海淀区人民检察院政治处人事处处长。

件还是应当尽量查清数额，确实难以查证才可适用，同时要避免实践中可能出现的不去查证而直接适用此“便捷”条款的情况。

二、从宽与从严的把握问题

新司法解释规定了五种酌情从严的情形，是近年来司法实践中出现的手段比较恶劣、后果比较严重的诈骗行为的概括，与实践中打击犯罪的需要是吻合的。笔者认为在适用时需要注意三点：一是解释列举的是酌定情节，在适用时要充分考虑个案的具体情况，不是一律从严。二是旧司法解释中的一些情形被取消了，如“曾因诈骗受过刑事处罚的”、“挥霍诈骗财物，致使诈骗财物无法返还的”等，要避免司法惯性而错误适用。三是解释规定诈骗数额接近“数额巨大”、“数额特别巨大”标准，同时具备所列情形的，以“其他严重情节”、“其他特别严重情节”认定，量刑上档。而“数额接近”没有定量标准，在适用时应充分结合案情和证据加以确定，要注重保护被告人合法权利，防止司法的随意性。

新司法解释规定诈骗达到“数额较大”，但具有一定情形，且行为人认罪、悔罪的可以不起诉或者免予刑事处罚。笔者认为适用时应该考虑两点：一是“数额较大”的起点与“数额巨大”的起点之间幅度较大，实践中诈骗 3000 元与 30000 元的危害性显然是不能等同的，因此在考虑适用相对不起诉时，要有一定界限，不应一概从宽，否则刑法的威慑力难以体现。二是虽然达到“数额巨大”或者“数额特别巨大”不能适用该条款，但具有该条所列情形的，也应当成为司法实践中酌予从轻的理由，比照适用，进而体现宽严相济的刑事政策。同时解释还规定，对于诈骗近亲属财物的，一般不按犯罪处理，确有必要追究刑事责任的，也应酌情从宽。对此，要准确把握刑法中“近亲属”的范围，尤其是区别于民法等其他部门法的界定，防止放纵犯罪。

三、诈骗未遂的问题

旧司法解释规定，诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。但未明确“情节严重”的情形。司法实践中，对于未遂“情节严重”的认定，一般按照达到“数额巨大”掌握，即意欲诈骗“数额巨大”财物的，才构成犯罪。新司法解释对于诈骗未遂规定更为详尽。一是对司法实践中的做法予以肯定，即以数额巨大财物为诈骗目标的，应当定

罪处罚。二是规定对不特定多数人实施的电信类诈骗，按照行为次数，认定为“其他严重情节”，并且规定此类诈骗未遂可以达到“其他特别严重情节”的最高量刑档。三是明确了诈骗既遂和未遂并存情况下的处罚原则，同一量刑幅度的，以既遂处罚，不同量刑幅度的，以较重的规定处罚。体现了从严的倾向。需要注意的是，在实践中，以行为人实际骗取的财物认定其诈骗金额，但在整个诈骗活动中其意欲诈骗的金额往往大于实际骗取的金额，况且存在行为人连续实施诈骗，有得逞，也有未得逞等各种复杂情况，是否有必要区分既、未遂，如何准确区分既、未遂，还需要我们在实践中摸索统一。

四、涉案财物的处理问题

对于诈骗案件的被害人而言，挽回经济损失是最重要的诉求。对于涉案财物的返还，新司法解释只列明了两种情况：一是权属明确的，依法发还；二是权属不明的，按比例发还。对比旧司法解释，取消了“如果能够确定扣押、冻结在案的财物及孳息不属于已查明的被害人所有，但又无法发还被害人的，应当依法上缴国库”的规定。在实践中，多数诈骗案件都存在多起事实，有多个被害人，但由于诈骗案件虚构事实、隐瞒真相的性质，有的被害人未及时报案，根据证据材料又找不到那些“未知”的被害人，但起获赃款又不属于在案的被害人，这种情况比较常见。如被告人 A 诈骗 B、C、D 三人，公安机关起获六张银行卡，其中三张是在案被害人 B、C、D 给被告人 A 汇款的银行卡，但余额为零，另外三张银行卡系被告人 A 实施其他诈骗时所用，余额共为 20 万元，而其他被害人无从查找，也无报案。那么根据旧司法解释，这 20 万元要上缴国库，在案的三名被害人不能得到补偿。应该说这样的规定不尽合理，这些涉案财物返还给在案被害人比上缴国库作用更大，效果更好。笔者认为，新司法解释对此作出了一定调整，对案例中的 20 万元可以发还在案的被害人，体现了优先弥补在案被害人的精神，更符合现阶段刑法对被害人保护和对破坏社会关系修复的要求。

对于涉案财物的追缴，新司法解释明确列明了“恶意取得”的四种情形，解决了长期困扰司法实践的对“恶意”界定不明确的难题。需要注意的是，第三人一旦取得，往往不会轻易放弃，这就要求我们在司法实践中要及时、准确收集、固定证据，善于运用推定等手段，认定取得的“恶意”性。

五、新司法解释的溯及力问题

司法解释是对司法实践中如何具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释，司法解释不是新的立法，法律施行之日起就具有了司法解释所解释之义，司法解释从属于法律，其效力应适用于法律的整个施行期间。因此，法律有溯及力，司法解释就有溯及力；法律没有溯及力，司法解释就没有溯及力。2001 年最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》对此问题进行了明确。但需指出的是，新司法解释规定：以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。但旧司法解释中的有些内容，新司法解释没有规定，也没有否定，如其中规定的多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物的数额计算方法，解释中使用货币的界定及外币的折算标准等内容。在此情况下，笔者认为，旧司法解释的相关条款依然是有效的。

经济诈骗犯罪司法实践中的法条竞合问题探讨

傅新民[*]　楼俊林[**]

导言：问题的提出

案例：犯罪嫌疑人A于2010年以伪造的事故实施保险诈骗一起，骗取金额200万元；以签订合同的形式实施诈骗两起，分别骗取被害人人民币7000元和8000元。

对于上述案例，我们重点关注两个关键问题：第一，根据相关司法解释，保险诈骗罪的立案标准为个人诈骗数额在1万元以上，合同诈骗罪的立案标准为2万元以上，而诈骗罪的立案标准为2000元，犯罪嫌疑人A的保险诈骗行为数额特别巨大，若定性保险诈骗至多判处十五年有期徒刑，但若定合同诈骗或诈骗罪则可判至无期徒刑，当适用何罪？第二，犯罪嫌疑人A的合同诈骗行为无法构成合同诈骗罪。但是，根据浙江省的标准，诈骗罪的立案标准应为4000元以上。那么，犯罪嫌疑人的上述两个行为能否构成《刑法》266条的诈骗罪？①

通过案例的类型化归纳，我们可以将上述两个问题总结如下：第一，在具体的经济诈骗犯罪案件中，具有一般和特殊关系的两个罪名所对应的法条在适用上是否具有强制性的原则？第二，犯罪行为按特别法条不构成犯罪时，能否以一般法条定罪？以下针对此两方面展开具体论述。

一、经济诈骗犯罪中的竞合关系

第一个问题的产生，源于刑法规定所导致的不平衡的刑罚结构：

---

* 浙江省义乌市人民检察院检察长。

** 浙江省义乌市人民检察院书记员。

① 根据相关司法解释，国家规定的诈骗罪立案标准为2000元，说明这一问题具有普遍性。

在侵犯法益更为严重的情况下，犯罪数额更大的特殊诈骗行为却可能因立案标准的大幅提升而规避刑法的制裁。无论从法理上还是执法实践中，都无法解释这样一个悖论：为何一个行为在未达到特殊诈骗罪名所要求的法益侵害程度时，就能否认其侵犯一般诈骗犯罪所代表的法益？更深层次的思考在于，如果刑法关于诈骗犯罪的条文表述形成法条竞合关系，那么它的实质、处断原则应如何理解和安排？

(一)关于法条竞合的简要介绍

法条竞合又称法规竞合，是指因刑事立法的错杂规定，导致一行为同时触犯刑法分则中数个条文的情形。与之容易混淆的是想象竞合，指行为人基于一个罪过，实施一个危害行为，而触犯两个以上异种罪名的犯罪形态。[①] 从形式上看，法条竞合和想象竞合都是一个犯罪行为对应多个刑法条文的情形，对此必须从它们各自的概念实质上进行界分。关于法条竞合与想象竞合的区别，笔者比较赞同的是独立评价说，该说认为："法条竞合是数法条对同一犯罪行为所造成的全部损害事实的多角度重复评价，想象竞合则是不同法条或者说不同罪名对同一犯罪行为所造成的损害事实的不同部分分别评价。因此，区分法条竞合与想象竞合的总体标准应当是，同一犯罪行为所触犯的不同法条是否均足以对该行为造成的全部损害事实作出评价。"[②]该说兼顾到了静态的法条关系与动态的犯罪行为之间的平衡，将区分的进行置入具体的犯罪行为所造成的损害事实。根据这一标准，我们可以得出这样的结论："法条竞合处理原则的目的，主要是为了防止对行为的重复评价，而想象竞合处理原则的目的，主要是为了防止对行为的双重处罚。"[③]

对法条竞合和想象竞合的区分并非只有罪数论上的意义，其更为实质的作用还在于适用原则的选择。因为无论是哪种竞合关系，都只能适用一个法条或罪名来进行处理，差别的关键在于适用什么样的原则来选择。想象竞合的处理原则为择一重罪处罚，而法条竞合的情形则相对复杂得多，本文在下面展开。

(二)对经济诈骗犯罪法条竞合关系的具体观察

我国刑法关于经济诈骗犯罪规制的条款包括：《刑法》第 266 条(诈骗罪)、第 192 条至第 198 条(集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪、

---

① 高铭暄主编：《刑法学原理》(第 2 卷)，北京：中国人民大学出版社，2005，第 528 页。
② 左坚卫：《法条竞合与想象竞合的界分》，载《刑法论丛》，2009(4)：195。
③ 张明楷：《法条竞合中特别关系的确定与处理》，载《法学家》，2011(1)：31。

金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪)，第224条(合同诈骗罪)和第204条(骗取出口退税罪)。法条竞合关系主要存在于诈骗罪与其他经济诈骗犯罪以及合同诈骗罪与金融诈骗罪、骗取出口退税罪之间。

首先，就《刑法》第266条规定之诈骗罪与上文提及的其他经济诈骗犯罪而言，明显存在一般与特殊的关系，这种关系在法律竞合关系中可以称为“特别关系”。从单纯的逻辑上看，一般罪名与特殊罪名是大圆包小圆的完全包容关系，一方的外延必然完全地包含另一方的外延；从法律特征上看，一般罪名具有所有特殊罪名共有的基本内涵，特殊罪名所对应的事实行为必然能为一般罪名所完整评价。具体地说，无论是各金融诈骗罪、合同诈骗罪、还是骗取出口退税罪，都没有脱离诈骗罪的“以非法占有为目的，通过虚构事实、隐瞒真相，使被害人给予错误认识处分财产，从而遭受损失”的基本客观认定框架，不同的只是在表现形式上呈现出细化和差异。[①] 也就是说，金融诈骗罪、合同诈骗罪和骗取出口退税罪所对应的客观事实行为能够无例外地为诈骗罪所评价。因此，诈骗罪与金融诈骗罪、合同诈骗罪和骗取出口退税罪形成法条竞合。

其次，合同诈骗罪与金融诈骗罪、骗取出口退税罪之间也可能存在法条竞合关系，但并非无条件地都可以形成“特别关系”，其一般罪名和特殊罪名的确定需要根据具体案件事实来进行。司法实践中有一种观点认为，合同诈骗罪与保险诈骗罪、贷款诈骗罪、集资诈骗罪、骗取出口退税罪是包容竞合关系，与票据诈骗罪、金融票证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪则是交叉竞合关系。[②] 笔者对此并不苟同。合同诈骗罪的本质特征就是利用市场交易行为中的经济合同的签订和履行来实施诈骗行为，形式上既可以是虚构身份、伪造证明文件、交易内容，也可以是不履行，条文中“其他方法”的表述保证了该罪在社会经济发展变化中的适应性。典型如保险诈骗罪、贷款诈骗罪、信用证诈骗罪和骗取出口退税罪，确实都普遍采用通过虚假合同履行的方式来实施犯罪，这时候就形成法条竞合关系，合同诈骗罪转变为保险诈骗罪、贷款诈骗罪和骗取出口退税罪的一般罪名；

---

① 虽然刑法条文关于金融诈骗罪的表述中只有集资诈骗罪和贷款诈骗罪明确了“非法占有目的”的主观要件，但是根据最高人民法院关于《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的意见，“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪”，此一点当无疑问。

② 广东省广州市越秀区人民检察院课题组：《合同诈骗罪的司法实务研究》，载《法学杂志》，2009(10)：89。

而如集资诈骗罪，信用卡诈骗罪等，并非以合同诈骗的形式为其主要手段，是否形成竞合很难从法条的逻辑关系上加以判断。总结来说，只有在利用经济合同签订和履行来实施其他经济诈骗犯罪的情形下，才可能形成合同诈骗罪与金融诈骗罪、骗取出口退税罪的法条竞合。而且，在这些法条竞合关系中何为特别法条(特殊罪名)也需要结合案情单独判断。举例说明：行为人提供作废的金融票据做担保而与被害人签订合同，骗取被害人财物的，合同诈骗罪是一般罪名，而票据诈骗罪是特殊罪名；行为人虚构身份与被害人签订合同，在收到货物后向被害人出具了无资金保证的票据，骗取被害人财物的，票据诈骗是一般罪名，合同诈骗是特殊罪名。判别的关键在于，在具体的案件中，一般罪名是通过特殊罪名所对应的事实行为的形式得以实现的。

(三)处理原则

法条竞合的一般处理原则为特别法条优先于一般法条，《刑法》第266条所称之“本法另有规定的，依照规定”是对该原则的最直接体现。而在合同诈骗罪与其他经济诈骗犯罪形成法条竞合的场合下，一般也依照该原则予以处理。

除此之外，还有一个争议巨大的补充原则，即重法条优于轻法条原则。张明楷教授将这种“特殊情况”总结为以下两种情形：第一，法律明文规定按重罪定罪量刑；第二，法律虽然没有明文规定按普通法条规定定罪量刑，但对此也没作禁止性规定，而且按特别法条定罪明显不能做到罪刑相适应时，按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。[①]前一种情形在《刑法》第149条第二款中得以体现，后一种情形实践中经常出现在诈骗罪或合同诈骗罪与保险诈骗罪之间，如本文案例中行为人A的保险诈骗行为。保险诈骗罪的法定最高量刑档次是“十年以上有期徒刑”，根据刑法修正案八的规定，数罪并罚后有期徒刑的最高刑期为二十五年，而诈骗罪、合同诈骗罪的最高刑均为无期徒刑。当保险诈骗犯罪金额达到特别巨大时，依照不同的法条定罪处罚就会出现十分明显的不平衡。对此，笔者认同A的保险诈骗行为应按合同诈骗罪定罪处罚，理由如下。

第一，特别法优于一般法适用在法理上并非唯一的原则，正是为了弥补单一原则在实质处理上可能出现的不公正和不平衡，才会有其他原则予以补充。通常补充原则会以明确规定出现在条文之中，但在没有明确“落实”在法条上时，只要法律无相反的禁止性规定，就不能

① 张明楷：《法条竞合中特别关系的确定与处理》，载《法学家》，2011(1)：37。

轻易排斥重法的适用。因为众所周知，法律的完善总是滞后于现实的发展，面对立法上的漏洞，司法者如果一味地从遵从立法原意的立场机械适用法律，就很有可能会产生极不公平和极不平衡的判决结果，实际上将导致法治精神的丧失。正如有学者提出，“如果认为个案不公正是维护罪刑法定原则的必要代价，不在刑事个案中奋力追求实质正义，那么，罪刑法定原则就是一种随风飘荡的纸面正义；如果不对刑法做实质解释，制定刑法的人类就无异于作茧自缚。”①这种司法能动性的外观表现在内在机理上呈现为法律解释的适当运用。“重要的问题是解释方法运用得当，解释结论既符合刑法的正义理念，同时又不超出刑法用于可能具有的含义范围，这样才能不违背罪刑法定原则，既有效地实现刑法保障人权的功能，又有力地发挥刑法的保护法益的功能。”②因此对该原则的解释界限应当是不违反刑法的禁止性规定，而其目的是为了实现法条主义司法体制中案件的实质正义和促进刑法的完善。

第二，从罪刑相适应的本质来看，量刑应当体现出“罪”——即其对应的具体犯罪事实行为的危害程度、可责罚性和法律对之的评价态度。也就是说，从刑法规制犯罪行为的作用形式上看，实质性的惩罚措施——即量刑应当在分析顺序和价值安排上先于对案件的定性，尽管司法实践又是一个颠倒的适用过程。合理地选择法律原则来适用具体法条，就是为了实现“行——罪——刑”的真正平衡，实现法律对行为的恰当评价和惩戒。可以说，在刑罚严重失衡的情况下，适用重法优于轻法的原则不但不与罪刑相适应原则冲突，相反恰恰是为了实现后一原则。更进一步说，这一处理也没有违反罪刑相适应原则的基础——罪刑法定原则：罪刑法定原则的精髓在于杜绝法外定罪和超越法定范围量刑，而不禁止合理地解释和适用法律。因为在司法者作出判决之前，实际上并不存在逻辑上的、自然存在的事实与法条之间的吻合关系，也没有一个罪名是绝对地对应于某种类型的事实行为。说到底，司法过程不只是一个文字上的对应过程，其中更是包含了价值判断和法律理念。

第三，之所以出现以特别法优于一般法的原则来排斥重法优于轻法的例外，很大一部分原因还在于大陆刑法理论中固有的重定性轻量刑的缺陷。刑法规制的最终目的和实质意义在于法律责任的实现，而

① 高艳东：《许霆案的法理与规范分析》，载《中外法学》，2008(3)：458。

② 肖中华：《刑法目的解释和体系解释的具体运用》，载《法学评论》，2006(5)：14。

非为犯罪人带上定性的“高帽”。司法过程不是在所谓专业术语中自我沉醉的精英游戏，而应以专业素养最大化地实现法律规制之目的，维护法律尊严和合法利益。所以，重罪轻刑的理念，以及随之产生的先罪后刑的司法流程，实际上是“把判断刑事责任的手段当成刑法核心”，混淆了目的与手段的关系，需用“以量刑反制定罪”的方法予以矫正。①

第四，保险诈骗罪与诈骗罪、合同诈骗罪分别形成法条竞合，依照补充原则应当在后两者间进行选择。由于诈骗罪本身是合同诈骗罪的一般罪名，而且诈骗罪有明显的特别条款优先适用的意思表达，因此用合同诈骗罪(重罪)优于保险诈骗罪(情罪)的原则来处理是较为合适的。

二、法条竞合的“异变”

实践中出现的另一类常见的疑难问题是，当行为未达到特殊罪名的立案标准而达到一般罪名的立案标准时，应当如何处理?

司法解释在各经济诈骗犯罪的立案标准上的不当解释产生了诸多理论和实践中的困惑，其将侵犯法益更重的金融犯罪的立案标准大幅度超越诈骗罪的设置，更是体现出了“窃钩者诛，窃国者侯”的可笑逻辑。根据理论研究和司法实践，对这个问题的回应可以分解为两个部分：第一，行为人在实施特殊经济诈骗行为时，主观上意图、客观上也有能力骗取相应特殊诈骗行为所要求的标准的财物，但因个人意志之外的原因而未得逞的(包括未骗取任何财物和骗取财物价值未达到立案标准)，依特殊诈骗罪的未遂犯处理;② 第二，行为人实施特殊经济诈骗行为时，主观上没有骗取达到特殊诈骗立案标准的数额的财物意图或只有概括的意图、客观上也没有实际骗取达到相应特殊经济诈骗犯罪的立案标准的数额的财物，则有不构罪和以诈骗罪定罪处罚的分野。

(一)对第一部分的处理意见的评析

1. 经济诈骗犯罪是否存在未遂状态

在我国刑法中，经济诈骗犯罪都属于数额犯。数额犯是指以法定

---

① 高艳东：《许霆案的法理与规范分析》，载《中外法学》，2008(3)：459～461。

② 这里所表达的“主观上意图、客观上也有能力骗取”的数额并不等同于行为人的“主观目标数额”。因为后者是无法准确认定的，而前者可以通过合同内容、诈骗行为实施所实际涉及的数额等要素来确定。

数额作为犯罪构成要件定量标准的一种犯罪形态。在经济诈骗犯罪中，诈骗数额不仅直接关涉罪与非罪的区分，也决定各个罪名的具体量刑，因此经济诈骗犯罪都是纯正数额犯。数额犯在犯罪构成要件上的法定组成性将它与包含犯罪数额要素的情节犯区别开来，因此，“数额犯中作为犯罪构成要件定量标准的数额是一个确定的、能独立排除犯罪构成符合性的量化标准。”①但对于数额犯中数额的“地位”，尚有罪与非罪的区分标准和既遂与未遂的区分标准的争议。

为此，有学者提出将数额犯分为结果数额犯和行为数额犯。前者是以发生符合法定数额标准的结果作为犯罪构成要件的犯罪，立法上的数额规定包括关于造成实际损失的数额规定和违法所得的数额规定；后者以行为所涉及的数额大小作为犯罪构成定量标准的犯罪，立法上的数额规定包括行为侵害的目标数额和作为行为违法内容的数额。结果数额犯由于只有发生符合法定数额标准的结果犯罪才能成立，因而不存在犯罪的未完成形态；而对于行为数额犯，如果犯罪行为造成了标志犯罪完成的基本结果，属于犯罪既遂；如果由于意志以外的原因未发生犯罪的基本结果，但行为数额达到法定的定罪标准的，属于犯罪未遂。②这一区分既对“刑法分则规定的犯罪以既遂为模式”这一观念作出了合理的质疑，又有效避免了犯罪数额在两类标准中做统一处理可能造成的处理上的不平衡，可以为司法实践所接受。而经济诈骗犯罪皆是以行为所涉及的数额大小作为犯罪构成定量标准的行为数额犯，因此也有既遂与未遂的状态区分。

2. 合理性分析

以个人诈骗犯罪最低立案标准相差最大的诈骗罪和集资诈骗罪为例，诈骗罪为 2 千元(浙江省标准为 4 千元)，而集资诈骗罪为 10 万元。如果行为人意图骗取 100 万元而实际只骗取 9 万元，按集资诈骗罪未遂判处的刑期在“5 年以下有期徒刑、拘役”这个区间内从轻或减轻处罚；如果行为人意图骗取 5 万元而实际骗取 5 万元，按诈骗罪(既遂)判处的刑期则在“3 年以下有期徒刑、拘役、管制”区间内。再结合两个罪名对犯罪数额的认定，最终可能获得的判决结果不会出现较为明显的不平衡，这与两者危害性差异较小的事实是基本符合的。所以，对第一部分的处理意见，笔者持赞同的态度。

(二)对第二部分处理意见的抉择

对于第二种情形，如果以不构罪处理，最直观的后果就是刑法

①② 刘之雄：《数额犯若干问题新探》，载《法商研究》，2005(6)：75～77。

罪刑结构的失衡。以经济诈骗犯罪为例，以合同形式骗取 8000 元与以一般形式骗取 4000 元两个行为，从危害性、法益侵害性上来说，前者都更甚于后者，如果前者不构罪而后者构成诈骗罪，则在实质处理上出现“明显的不合理”。笔者认为，这种情形宜定诈骗罪，司法者不能以“司法解释不当应由解释机关完善”的理由拒绝作出合法灵活的处理。

1. 合理性探讨

司法解释的不当导致相似行为获取明显不同的法律评价的后果发生，有违法律关于“类似情形类似处理”的公平原则。首先，一般法条与特别法条的关系表明行为在触犯特殊罪名的情形下必然也符合一般罪名的构成要件，这一点从单纯的构成要件上分析当无疑问。也就是说，特殊罪名在内涵上为一般罪名所包含，构成特殊罪名的行为都可以无例外地构成一般罪名，反之不然。其次，法条竞合的实质是数法条对同一犯罪行为所造成的全部损害事实的多角度重复评价，既然其中的特别法条无法进行评价，那么用剩下的一般法条进行评价即可，这样既保证了法律评价的完整性，也不会出现重复评价的情形。再次，对《刑法》第 266 条所称之“本法另有规定的，依照规定”，是指刑法对该行为有另外的独立的、有效的法律评价时，依其规定处理。该表述的一个隐形前提是待评价的行为已经完全满足另一法条所载之罪名的全部要件，而不包括因缺少评价性要件而未构罪的情形。最后，关于在本案中适用诈骗罪可能导致的对罪刑法定原则、罪刑相适应原则、特别法条优于一般法条适用原则等的诘难，本文在上一部分已作解释，不再赘言。而对于执法统一化的担忧，则从另一个侧面表明了司法实践对该情形的处理的一种矫正趋势，需要注意的是其统一执法的内容应当放在统一以诈骗罪定罪处罚的层面上来考虑。

2. 对若干质疑的回应

也有许多学者反对以诈骗罪定罪量刑的处理方法，主张以不构罪作为处理的结果。以周光权教授为典型，他从特别法条的定型性出发批判上述的立场，主要理由有：立法者有特殊考虑，特定行为应受特别法条的规制，法条竞合的排斥，重法条优于轻法条的适用与法条竞合的法理相悖，将量刑判断优先于定罪可能导致判断顺序上的错误从而带来刑法适用方法论上的困惑。①

显然，反对者对于立法者的智慧和刑法条文的完善性怀有不切实

---

① 周光权：《法条竞合的特别关系研究》，载《中国法学》，2010(3)：165～169。

际的过高期望。所谓“立法者的特殊考虑”，实际上是作者站在自己的立场上“妄揣圣意”。立法者对特殊诈骗罪名的设置先不论其是否合理，至少表明其欲在市场经济环境下对此类行为进行重点规制的考虑，但这并无法推导出立法者认为不需要利用刑法规制那些没有必要以特殊诈骗罪名进行处罚的行为，因为这些行为的法益侵害程度可能比一些以诈骗罪定罪处罚的行为的程度更甚，如此便很难解释为何立法者会作出一个明显与刑法的整体刑罚结构不平衡，且带有明显放纵犯罪嫌疑的法律设计；而认为“法条竞合的排斥关系意味着在行为属于特别法条所意欲规范的行为类型时具有排斥普通法适用的可能性”，则属于对特别法优于一般法适用原则的不适当的扩张，因为排斥关系始终是存在于若干个能够实际适用的法条之间的；至于后两个理由，本文已在上文予以证明阐述。

(三)对行为人A的合同诈骗行为的认定

行为人A的两个合同诈骗行为虽然都未达到合同诈骗罪的立案标准，但均已达到诈骗罪的立案标准。以单个行为分析，如果行为人A意欲骗取被害人2万元以上的财物而且客观上也能实现，但因行为人A意志以外的原因未能得逞的，以合同诈骗罪(未遂)论；如果行为人A意欲骗取被害人4千元以上2万元以下的财物且客观上得以实现的，或以概括的犯意实施诈骗且客观上达到诈骗罪的立案标准的，以诈骗罪论。

(四)扩展思考：法条竞合下经济诈骗行为的数额累加

在案例中，还有一个隐藏的前置问题：如果A实施的两起合同诈骗行为所涉及的数额累加超过合同诈骗罪立案标准的2万元的，对A的行为应当如何定性?

严格地说，刑法总则中关于数额累加的问题并无确实的法理依据，但在刑法分则的规定和司法解释中却经常出现。针对经济诈骗犯罪的数额累加的间接的法律依据是《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第9条的规定：“对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算诈骗数额时，应当将案发前已经归还的数额扣除，按实际未归还的数额认定。”针对于此，笔者认为：首先，对数额犯的数额累加从根本上是基于对经济诈骗行为社会危害性的判定，遵循的是一种“量变引起质变”的逻辑，但是对“社会危害性”的实质判断并无明确标准。其次，刑法分则和司法解释关于贪污罪和盗窃罪数额累加的规定为数额累加原则提供了法律

例证。[①] 虽然具有一定的限制性，但司法实践中往往对于数额犯设置较为宽松的累加条件。再次，上述关于诈骗犯罪数额累加的司法解释中，所用表述为“多次进行诈骗”，而非“多次诈骗犯罪”，表明司法解释在一定程度上认同以行为为基础而非以犯罪为前提进行数额累加。最后，数额累加并不涉嫌重复评价，因为由于具有累加性的特征，对部分行为的非完全评价并不能否认对其在整体行为中进行完全评价，但这种“二次”评价应当是有一定限制的，即其应受上文所述之特殊罪名优先于一般罪名之原则，以及重罪名优于轻罪名之例外的限制。

据此，对经济诈骗犯罪领域中法条竞合情形下的数额累加问题具体可以考虑遵循以下的框架：(1)在特定领域内，既遂的经济诈骗行为可以吸收未遂和不构罪的诈骗行为的数额；(2)在各行为均未达到各自罪名的立案标准的情形下，在各自领域内累加数额，若能达到特定诈骗罪名的立案标准时，成立相应的诈骗罪；(3)特殊诈骗行为经过累加不符合相应立案标准的，可以由既遂的诈骗罪吸收，或者与不构罪或未遂的普通诈骗行为经过数额累加，达到诈骗罪立案标准的即以诈骗罪论，达不到的则以相应的犯罪未遂或不构罪处理。因此，针对本文案例 A 的两个合同诈骗行为，通过数额累加仍达不到合同诈骗罪的 2 万元立案标准，由于能构成诈骗罪，只需作为诈骗罪整体论处即可。

---

① 《刑法》第三百八十三条第二款规定，对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第十二项规定，“多次盗窃构成犯罪，依法应当追诉的，或者最后一次盗窃构成犯罪，前次盗窃在一年以内的，应当累计其盗窃数额。”

经济领域诈骗犯罪若干司法疑难问题探讨

张金桑* 刘金辉** 王 辉***

诈骗犯罪是一种历史悠久的犯罪类型。在中外刑罚史上，总能看到诈骗犯罪的影子。在自然经济时代，社会生产力水平低下，商品的生产主要以自给自足为主，不存在真正意义上的市场秩序，诈骗犯罪主要作为一种侵害财物的犯罪类型为刑事法律所规定，其侵害客体也主要指向公私财物，例如《唐律疏议》规定，“诸诈欺官私以取财物者，准盗论。诈欺百端，皆是。”《宋刑统》规定，“诸诈欺官私以取财物者，准盗论。知情而取者，坐赃论。”在进入商品经济尤其是市场经济阶段之后，商品极大丰富，商品生产和交换异常频繁，参与经济活动的主体大量增加，经济活动主要由市场规律进行调节，国家不再直接介入经济领域的活动，而主要改为通过法律手段对市场经济秩序进行维护。在这个时期，诈骗犯罪不断高发，诈骗手段呈多样化，国家对诈骗犯罪的刑事调整不再仅仅着眼于侵犯公私财物方面，而更主要侧重于市场经济秩序的维护。

一、经济领域诈骗犯罪含义的界定

近年来，伴随着我国改革开放的日益深入和市场经济的逐步深化，诈骗犯罪出现了不断上涨的势头，成为严重制约和破坏市场经济发展的重大障碍。因此，如何更好地惩治经济领域的诈骗犯罪活动，为市场经济保驾护航，已成为当前亟待研究和解决的问题。

诈骗犯罪可以从不同的角度进行分类。从社会关系的领域来划分，诈骗犯罪可以分为政治领域的诈骗犯罪、经济领域的诈骗犯罪和文化领域的诈骗犯罪。经济领域诈骗犯罪主要是指以欺骗手段非法取得他人财物，破坏社会主义市场经济秩序的犯罪行为。在我国，经济领域

---

* 司法部监狱管理局副局长，司法部燕城监狱党委书记、监狱长。

** 司法部燕城监狱主任科员。

*** 司法部燕城监狱主任科员。

诈骗犯罪也有狭义和广义之分。狭义的经济领域诈骗犯罪仅限于我国《刑法》分则第三章破坏社会主义市场经济秩序中规定的各种经济诈骗犯罪行为，包括集资诈骗罪(第 192 条)、票据诈骗罪(第 193 条)、金融凭证诈骗罪(第 194 条)、金融凭证诈骗罪(第 195 条)、信用卡诈骗罪(第 196 条)、有价证券诈骗罪(第 197 条)、保险诈骗罪(第 198 条)和合同诈骗罪(第 224 条)。广义的经济领域诈骗犯罪包括一切在经济活动中或者利用经济活动的形式进行的诈骗公私财物的犯罪行为，既包括狭义的经济诈骗犯罪，也包括其他利用经济活动的形式进行的诈骗犯罪。从犯罪性质来说，无论是狭义的经济诈骗犯罪还是广义的经济诈骗犯罪，都是诈骗犯罪。但狭义的经济诈骗犯罪侵犯的是复杂客体，既包括公私财物，也包括市场经济秩序，并且由专门的刑法条文规定的，对狭义的经济领域的诈骗犯罪应按照《刑法》第三章的有关法律条文定罪量刑。而对于其他的利用经济活动的形式诈骗公私财物的行为，只能依照《刑法》第 266 条的规定以一般的诈骗罪论处。本文采用狭义的经济领域诈骗犯罪的含义。

二、我国经济领域诈骗犯罪的基本特征

(一)经济领域诈骗犯罪的国际性趋势愈加凸显

在经济全球化日益凸显的当今社会，经济领域中诈骗犯罪的国际性趋势也愈加明显。经济全球化和国际贸易自由化加速了国与国之间的资本等要素的相互流动，为经济主体创造了更多获取财富的机会和途径。但与此同时，也为跨国经济诈骗犯罪提供了滋生和泛滥的条件。一些参与国际经济活动的人采取非法手段进行诈骗活动，意图正当竞争之外获取个人财富，严重扰乱了国际市场经济秩序。据统计，跨国合同诈骗犯罪一直是近年来各类跨国经济诈骗犯罪活动中所占比重最大，最为猖獗的犯罪类型之一。如 2006 年全年浙江省跨国、跨境实施经济合同诈骗犯罪案件较国内合同诈骗犯罪和其他跨国经济犯罪案件上升趋势明显。跨国合同诈骗犯罪的涉案金额更为巨大，仅浙江省 2006 年一年合同诈骗涉案总价值就达 6.68 亿元，社会危害性极为严重。[1] 金融诈骗犯罪也呈现出高发态势，如上海涉及金融犯罪的案件平均每年以 4.8%的比例递增，案件总量仅次于经济犯罪总量中的合

---

① 李曦、林定位：《跨国合同诈骗犯罪的发展趋势与原因分析》，载《时代经贸》，2007(6)：42。

同诈骗犯罪。其中最突出、社会危害性最大的犯罪类型就是金融类诈骗类案件，尤其是金融票证、贷款、信用卡、信用证四类诈骗案件更为突出。①

(二)经济领域诈骗犯罪多与职务犯罪相交织

内外勾结是经济领域诈骗犯罪的一个重要特征。以金融诈骗犯罪为例，从近年来发生的一些案件来看，尤其是那些数额较大、影响恶劣的案件，往往有银行内部工作人员参与。例如，2005 年 1 月 4 日，东北高速股份有限公司有关人员和吉林省高级人民法院法官在对河松街中行存款余额进行核对时发现，巨额存款不翼而飞。“高山案”由此爆出。原中国银行河松街支行行长高山伙同其小学同学李东哲共谋诈骗银行，以高息为诱饵吸引众多手握财权的“硕鼠”前来觅食，之后进行分期提现并通过地下钱庄把钱转移到国外，涉案金额达数亿元。② 2005 年 5 月 31 日，新中国成立以来堪称“山西之最”的特大金融诈骗案——2004 年“7·28”系列案中的首例案件，在太原市中级人民法院公开庭审。据了解，“7·28”系列金融诈骗案备受众多媒体关注，不仅因为涉案金额高达 10 亿余元，令人震惊的还有本案几乎使太原银行业全军覆没，山西省辖内银行分支机构 20 余家涉案，另有数目不等的证券公司和信托公司及企事业单位也与此案瓜蔓相连。③ 2010 年末，山东省济南市发生一起伪造金融票证案，牵涉多家金融机构。该案涉案金额共约 60 亿，其中齐鲁银行涉案金额最多，华夏银行、中信银行等银行均牵扯其中。④

在经济领域中内外勾结的诈骗案件中，金融机构工作人员往往利用职务之便，通过窃取储户账号、伪造银行单据、通过地下钱庄洗钱或携款潜逃等方式与社会人员勾结在一起实施诈骗活动，诈骗巨额财产。金融诈骗犯罪往往与金融机构工作人员的共同犯罪或者贪污、挪用、受贿、玩忽职守、滥用职权等职务犯罪交织在一起，案中有案，案外有案。金融机构工作人员在这类犯罪中起着关键的作用。这些犯罪活动涉案金额巨大，动辄几百万、几千万甚至上亿元，造成的损失惊人，严重扰乱国家金融秩序，败坏国家工作人员的廉洁形象，甚至

---

① 刘根娣：《国际金融危机背景下金融犯罪惩治与防范对策》，http：//www.shqingpu.jcy.gov.cn。

② http：//news.sina.com.cn，2011-07-31。

③ 《山西建国以来堪称最大的特大金融诈骗案将开审》，http：//www.chinalawedu.com/news。

④ http：//money.sohu.com。

影响社会稳定，因此需要重点加强对金融机构工作人员的监督和惩处。

(三)经济领域诈骗犯罪手段进一步凸显多样化

经济领域诈骗犯罪手段花样翻新，各种新的手段层出不穷。有人曾列举出经济领域十大诈骗手段，包括合同诈骗、利用空头支票诈骗、金蝉脱壳诈骗、以传真电汇单骗钱、运输诈骗、狸猫换太子诈骗、运输车暗格增重诈骗、“代销商”卷货诈骗、信用证诈骗、合伙人抽逃资金诈骗等。[①]“福宝外汇”曾罗列出史上最胆大包天的十大金融骗局，提醒世人警惕金融诈骗，其中包括使用连环信诈骗、编造彩票骗局、实施传销诈骗、电子邮件诈骗、征婚骗局、“庞氏骗局”、金字塔传销骗局、克洛斯骗局、白血病骗局、虚拟银行骗局等。

(四)经济领域智能化诈骗特征明显

经济领域诈骗犯罪的另一个特点是智能化。伴随经济专业化和高科技的广泛应用，以及反诈骗技术的不断发展，经济领域的诈骗也“与时俱进”，其智能化特征也更加明显。以票据诈骗为例，犯罪分子在实施诈骗犯罪时，不仅运用专业知识而且利用技术手段，而且还要熟谙票据知识。几乎了解所有银行办理票据业务的程序，而且对银行的票对结算规章制度有一定的研究。犯罪分子伪造票据手段高超往往利用电脑、传真、彩色复印、机器篆刻等现代技术设备伪造票据以及印鉴，伪造的票据制作精细，伪造的印鉴高度逼真，往往能够以假乱真。

三、经济领域诈骗罪犯刑罚执行过程中存在的若干疑难问题

(一)被害人救助途径不畅，救济方式缺失

关于刑事被害人救助的制度，著述已经很多，[②]但是对于被害人救助制度的研究都是局限于个人而很少谈及单位和国家，仅仅在我国刑法典金融诈骗的八种罪名中就有七种的被害人涉及了银行等金融机构，对于刑事被害人的个人救济可以通过国家、社会体系支援等途径解决，而对于银行等金融机构的救济则是一个两难选题。罪责自负和罪责刑相适应是刑法典不变的亘古法则，当对加害人的惩罚不足以弥

① 《警惕经济诈骗的十种手段》，载《北京农业种业动态》，2007(4)：18。

② 《犯罪被害人的权利与救济》，http：//www. falvm. com. cn；刘作凌：《国际法视野下的被害人保护机制研究》，载《湖南商学院学报》，2010(1)；万慧：《论我国刑事被害人补助制度》，载《现代交际》，2011(4)。

补其对社会造成的损失时，罪责自负和罪责刑相适应也只是存在于法律书面的应然状态了，此其一。其二，对于银行等金融机构的救济，现实中我们无法找到更好的途径和方式，通过对个人的国家、社会救济方式来对银行等金融机构进行救济，就是用纳税人的钱来救济公权力，而在金融诈骗罪中，普通纳税人本身就是被害人，这就相当于从一头牛身上剥两张皮下来。如果单从加害人的角度进行救济，必然引入下面的问题。

(二)罚金刑数额设置不合理，实际执行困难重重

单从金融诈骗罪来看，我国刑法典都规定了罚金刑，罚金刑的最高数额是5万元以上50万元以下，随着市场经济的不断发展，金融诈骗动辄牵涉上千万元乃至上亿元的资金，区区50万元的罚金可谓九牛一毛。在实践中面对那些涉及转移财产、境外豪赌等一批罪犯，没收个人全部财产也只是亡羊补牢的无奈之举。

目前，我国尚未建立被告人合法财产现行扣押制度，犯罪人及其家属转移财产现象普遍存在，造成判决后无财产可供执行的假象，这罚金刑执行难的一大原因。笔者是在监狱部门工作，接触的实际诈骗案的罪犯不在少数，罚金刑对于他们来说形同虚设，一方面，许多刑释人员出狱后采用各种方式逃避罚金，有的罪犯在狱中通过假离婚转移财产，有的刑释后借用亲属的名字注册公司等，尤其是许多高学历的职务犯，在监狱中狠学法律知识，单就其所犯罪名，其研究深度堪与专家相比，出狱后其逃避罚金追缴的程序完全合法，致使监管部门也无能为力。另一方面，对于刑满释放人员罚金的追缴制度不够完善，据了解，在近70%的执行罚金中止案件中，基本上再没有案件因为发现被执行人有可供执行的财产而恢复执行的，目前就没有措施追踪执行其未履行完毕的罚金刑。而随时追缴制度的实施又存在两大难点：一是对未履行完毕罚金刑的刑释罪犯尤其是外地罪犯的财产情况掌握难度较大，既缺乏相关的组织进行监控，也无可供有效利用的金融资讯系统；二是法院执行机构力量有限，民事强制执行案件尚且忙不过来，再去应对难度更大的刑释罪犯罚金刑执行案件则更难以落实。

有许多学者认为，在罪犯服刑阶段可以通过严格审核减刑假释条件来督促罪犯自觉履行罚金刑不失为一项好的策略，但是，这依然存在两个问题。

一是司法实践中罪犯罚金是否缴纳并不是裁定减刑和假释的规定条件，我国《刑法》第78条规定："被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，

确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有下列重大立功表现之一的，应当减刑：(一)阻止他人重大犯罪活动的；(二)检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；(三)有发明创造或者重大技术革新的；(四)在日常生产、生活中舍己救人的；(五)在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；(六)对国家和社会有其他重大贡献的。"第81条规定："……如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。"这两条规定都没有把罚金刑是否缴纳纳入到减刑、假释的条件中，只能由监狱部门自己掌握，而监狱部门作为最底层的刑罚执行机关，制定相关办法时也是如履薄冰，逡巡于下位法和上位法的冲突窠臼，尤其是减刑制度，因为刑法和刑事诉讼法相关规定的缺失，面对罪犯权利保障呼声的日益高涨，监狱部门并不敢逾越，许多罪犯就这样带着未执行完的罚金刑减刑出狱，把这个问题继续抛向社会。

二是许多罪犯面对假释和罚金时，普遍存在一种两害相权取其轻，两利相权取其重的投机思想。例如，某北京籍罪犯在完全符合假释条件时，因为监狱规定要缴纳十万元的罚金，而采取消极不申报假释的方式，他曾说，"我假释出去一年能挣多少钱？十万元够我两年的收入了，我还是老老实实待到刑满出狱吧！"

所以指望通过严格审核减刑假释条件来督促罪犯自觉履行罚金刑，即使在健全法律规定后，实践中往往也是望梅止渴、画饼充饥。

(三)罪犯狱内改造状况不容乐观

在我国刑罚执行的教育性、人道主义、区别对待和社会化四大原则的基础上，[①] 就监狱的刑罚执行来看，在保障罪犯的合法权利的同时，我们也必须冷静看待经济诈骗的罪犯在监狱改造的严峻现实。目前该类罪犯在监狱的改造主要面临以下几个方面的问题。

一是该类罪犯自我心理优越感强，悔罪意识差。此类罪犯在犯罪过程中形成的思维惯式，致使他们在心理上有较强的优越感，对于普通刑事犯(例如抢劫、盗窃等)，他们一向不屑一顾，认为普通刑事犯是小儿科低智商的东西，只有他们才是做大事的人，在言语上也经常对这些人进行讽刺挖苦，其内心深处对普通刑事犯非常鄙视，这种情况下往往导致同监舍人员的普遍排挤，由于其心理的优越感和高人一等的思想，经

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000，第309页。

常导致同监舍人员的共同抵触，矛盾不断，有时甚至会从言语不和发展成肢体冲突，在肢体冲突中经济类诈骗罪犯往往又无法占据上风，所以反过来造成了他们的心理压力，为了从心理上进行自我保护和安慰，这些心理压力又加剧了他们的自我优越感，造成恶性循环，从而让自己的服刑生活变得度日如年，长期下来，他们大多多疑、自闭又盲目自大，强迫性思维症状非常明显。笔者所在监狱对 67 名该类罪犯进行心理测试时，竟然多达 61 名存在此类心理问题，这不得不引起重视。

二是该类罪犯有较强的逆反和对立心理。该类罪犯入狱前为了获取钱财不择手段，入狱后一方面其投机改造的心理埋藏的更深，另一方面和警官的对立则更加明显。该类罪犯许多学历较高，尤其是面对年轻警官时喜欢采用试探、利诱等方式探测警官的底线，他们会利用自己的知识和经历和警官虚与委蛇，面对监规纪律他们常常摆出一副矫情、维权的面孔，如果警官使用较为简单的方式方法处理时，他们便祭出维权的大旗，使管理工作陷于被动，更有甚者，还千方百计拉拢、贿赂警官，这方面的教训是深刻的，例如一名诈骗犯在服刑的江西省赣滨监狱故伎重演，谎称其姐是省委组织部副部长，可以帮助某监狱管教干部的亲友调动工作，竟多次成功地骗取该管教干部的现金 5.5 万元。①

三是该类罪犯改造难度较大。经济领域诈骗罪犯一般社会阅历丰富，交际能力较强，犯罪恶习较深，诈骗手段多样，他们善于伪装的特点容易使警官轻信，其踏实改造的表面下往往暗流涌动。这些都是以年轻警官为主体的监狱管理人员所难以对付的。从实践来看，此类罪犯悔罪意识较差，迷惑性较大，反改造意识较强，难以真正改正恶习，他们狱内改造状况不容乐观，出狱后重操旧业、重新犯罪的几率较大。

(四)罪犯回归社会面临困境

监狱作为刑罚执行的一个机关，其目的是一般预防和特殊预防，而对于犯罪人在剥夺、惩罚和教育改造三大功能的基础上更注重教育改造，② 监狱行刑的目的是将罪犯改造成合法公民，在周永康同志提出的“首要标准”的语境下，经济诈骗罪犯刑释后回归社会，立足社会就显得尤为重要，在普遍存在的经济排斥、政治排斥、公共服务排斥和社会关系排斥的基础上，③ 目前此类罪犯刑释后面临的问题主要有。

---

① http://hn.rednet.cn.

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000，第 229 页。

③ 胡滨：《对归正人员回归社会中的社会排斥性分析》，载《湖南高等专科学校学报》，2010(2)。

一是面临被害人的追责。中国人的传统观念是“人死账不死”，本着这种观念，许多该类犯罪的被害人在罪犯刑释后依然会上门讨债，这是此类刑释人员面临的主要压力之一。笔者管理的一名北京市平谷县的罪犯，曾因诈骗500多万元而被判刑，听说他要释放后，许多当初的受害人整夜的堵在他家门口要账，出狱后他家门都没敢进，直接外出打工，而这些都会引发他进一步实施犯罪。

二是社会接受程度较低。刑释人员“骗子”的印象一旦形成，社会上普遍对其持怀疑、不信任态度，其就业压力较大，而生活的经验告诉我们，一个人需要社会归属感，而这种归属感和其幸福感往往成正比，当一个人的归属感极低的时候他会感到抑郁焦虑，觉着自己受到感情的伤害而陷入孤僻，从而面临更大的生存压力。

三是经济诈骗犯本身的自我调试能力。学历越高、智商越高，心理调试能力往往越差，此类罪犯入狱前生活过得比较奢华，人前人后受人尊重，尤其是其中的职务犯更是如此，出狱后面对从头再来的困境，市场经济的迅速发展，心理落差一般都比较大，而面对越来越多的诱惑，他们入狱前的贪图享受、侥幸心理、不甘人后的心理旧态复萌，就笔者接触的此类服刑人员中他们几乎一半的人认为自己犯得那点事微不足道，是法律“戏耍”了他们，更有甚者，认为是自己倒霉或者是替领导顶事，如今出狱其“大干一场”的报复心理较一般刑事犯更严重，再加上刚出狱时面对社区邻居的不理解、冷眼和淡漠，其重新走上犯罪道路的可能性增加好几倍。

刑法的任务是惩罚犯罪和保护人民，刑罚的目的是特殊预防和一般预防，无论表现形式如何，最终目的是减少犯罪，构建更为和谐的社会秩序，但是当服刑人员刑释以后，特殊预防到一般预防的转变促使我们每个人都应该静下心来好好思考这个问题，毕竟无论是经济诈骗犯还是其他罪犯，其重新犯罪并不是监狱一家的责任。

虽然目前社区帮教在这一方面已经取得了长足进步，但是限于财力、人力和物力的条件，有些地方形同虚设，有些则根本起不到任何作用，当前监狱系统正在尝试建立对罪犯的“无缝对接”制度，其援助对象也往往是那些家庭贫困、长期得不到接见的罪犯，那些经济类的诈骗罪犯面临与社会对接的问题时，可能更为严峻，而且他们一旦重新犯罪其社会危害性更大。这几个问题由来已久，笔者还没有找到更好的解决方法，借此希望向与会专家请教，学习，商讨。

论诈骗罪基本犯的未遂形态

王志祥[*] 韩 雪[**]

诈骗犯罪是我国司法实践中一种较为常见多发的犯罪类型。近年来，逐渐出现在公众的视野中的一些新型诈骗形式对我国市场经济的健康发展和公私财产的依法保护产生了巨大的威胁。针对司法实践中出现的诈骗犯罪尤其是新型诈骗犯罪发展愈演愈烈的形势，我国刑法理论需要及时作出反应，并对其予以有力回击。从刑法学理论研究方面来看，我国刑法学界历来重视对诈骗犯罪的研究。特别是自 1997 年系统修订的《刑法》颁布之后，我国刑法学者对诈骗罪的构成、认定以及新型诈骗形式等问题的研究逐步深入，关于诈骗罪的较为系统的理论体系基本上得以形成。在肯定成绩之后，我们也要看到不足之处。应该看到，在诈骗罪的诸多研究成果当中，对于诈骗罪停止形态的理论却极少有学者予以涉猎，此方面的学术文章较为罕见。我国刑法历来有重定罪而轻量刑的倾向。但是，对于被告人方和被害人方而言，其对量刑的关注恐怕要远远超过其对定罪的关注。①而犯罪停止形态的认定则恰恰是影响对被告人适用刑罚的重要因素。准确认定犯罪停止形态对于被告人行为危害程度的判定、对被告人是否应当判处刑罚乃至判处多重的刑罚等都具有至关重要的意义。由于犯罪停止形态包含既遂、预备、中止、未遂等多种样态，每种样态又具有其特殊性和复杂性，短短的一篇文章难以对其作出详尽、准确的论述。因此，本文仅以诈骗罪基本犯的未遂形态为视角，对诈骗罪的停止形态进行研究，以期引起学界对于诈骗罪停止形态研究的更多关注。

一、关于诈骗罪基本犯未遂形态判定的传统观点

(一)诈骗罪基本犯是否存在未遂形态

关于诈骗罪基本犯是否存在未遂形态的问题，在我国刑法理论上

---

* 北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院教授、法学博士、博士生导师。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第 478 页。

曾存在着两种不同的观点：否定说认为，在一种情况下，诈骗罪以一定的违法数额作为犯罪构成的必备要件；不具备这一要件，连犯罪都无法构成，更谈不上存在犯罪未遂的形态。在另外一种情况下，诈骗罪不以违法数额作为犯罪构成的必备要件，此时的诈骗罪属于行为犯或即成犯。只要行为人实施了诈骗行为，主观上认为或实际骗得了钱财，就构成诈骗罪，没有骗得则不构成诈骗罪。在这两种情况下均没有诈骗罪基本犯未遂形态存在的余地。[①] 肯定说对此持反对意见。持肯定说的学者认为，作为一种普通的故意犯罪，诈骗罪基本犯理应存在既遂和未遂形态的区分。[②]

笔者支持肯定说的观点。我国1997年《刑法》第266条规定："诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。"根据这一规定，我们可以看出，我国1997年《刑法》并未对诈骗罪的具体构成要件作出详细描述。不过，不能否认的是，诈骗罪基本犯的成立，确实需要满足"数额较大"的要求。就此而言，否定说的认识并无问题。但是，否定说所持的关于诈骗罪基本犯不存在未遂形态的理由并不成立。

一方面，在第一种情况中，否定说以不符合数额要求这一构成要件就不能成立犯罪，不成立犯罪就无法成立未遂形态为根据，否认诈骗罪基本犯未遂形态的存在。这实际上是对修正的构成要件的无视，是对犯罪构成和犯罪成立关系的误解。我国刑法理论一般认为，刑法分则条文所规定的构成要件是为单独实行的既遂犯设想的。以犯罪构成的不同形态为分类标准，可以将其区分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成两种。基本的犯罪构成一般是指既遂犯和单独犯的犯罪构成，由刑法分则或专门刑事法律予以规定；而修正的犯罪构成则是指以基本的犯罪构成为前提，适应行为的发展阶段或共同犯罪的形式而分别加以修改、变更的犯罪构成。[③] 未遂形态所符合的犯罪构成是修正的犯罪构成。在诈骗犯罪的场合，如果行为人的行为所造成的后果确实

① 张志勇等编著：《诈骗罪专题整理》，北京：中国人民公安大学出版社，2007，第59～60页。

② 陈治民：《论诈骗罪的未遂》，载《法律学习与研究》，1988(3)。

③ 王志祥、曾粤兴：《修正的犯罪构成理论之辨正》，载《法商研究》，2003(1)。

无法满足“数额较大”的要求，其行为也就不符合基本的犯罪构成。但这并不影响其行为符合修正的犯罪构成。对于犯罪构成和犯罪成立的关系，刑法理论上普遍认为，犯罪构成是犯罪成立的规格和标准，而犯罪成立是对行为符合犯罪构成的评价。行为符合基本的犯罪构成的，可以成立犯罪；行为符合修正的犯罪构成的，也可以成立犯罪。以犯罪存在的进程形态为区分标准，犯罪成立的形态不仅包括犯罪既遂，还包括犯罪预备、未遂、中止等其他形态。[①] 因此，在行为人的行为符合诈骗罪修正的犯罪构成要求的情况下，该行为同样成立诈骗罪，且有成立未遂形态的余地。

另一方面，在第二种情况中，否定说认为，诈骗罪存在不以违法数额作为犯罪构成必备要件的情形。这是不符合我国现行刑法典的规定的。1979 年《刑法》第 151 条规定，盗窃、诈骗、抢夺公私财物数额较大的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。第 152 条规定，惯窃、惯骗或者盗窃、诈骗、抢夺公私财物数额巨大的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。由此可见，我国 1979 年《刑法》不仅将符合数额较大要求的诈骗行为按照诈骗罪定罪处罚，而且对于虽不满足数额较大的要求，但是属于惯骗的行为人也按照诈骗罪进行定罪处罚。而我国 1997 年系统修订后的刑法典已将惯骗排除出诈骗罪的处罚范围之外。1997 年《刑法》生效之后，要构成诈骗罪的基本犯的既遂，就必须满足“数额较大”的要求。这样看来，否定说讨论的“不以违法数额作为诈骗罪构成必备要件的情形”已不符合我国现行刑法典的规定，由此也就不具有讨论的现实意义。

目前，我国刑法学界普遍认可诈骗罪基本犯存在未遂形态。关于诈骗罪的司法解释历来也对诈骗罪基本犯存在未遂形态的观点予以肯定。[②] 笔者认为，诈骗罪基本犯应当存在既遂与未遂形态的区分。下文即以此为基础，对诈骗罪基本犯未遂形态的判定和处罚进行探讨。

（二）有关诈骗罪基本犯既遂与未遂形态区分标准的几种观点

关于诈骗罪基本犯的既遂形态与未遂形态应当如何划分的问题，理论上主要有以下几种观点。

---

① 王志祥：《犯罪既遂新论》，北京：北京师范大学出版社，2010，第 14～18 页。

② 如 1996 年 12 月最高人民法院印发的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第 1 条规定，已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。这一规定就是司法解释肯定诈骗罪基本犯存在未遂形态的具体体现。

1. 占有说

该说认为，区分诈骗罪基本犯的既遂与未遂形态应当以公私财物是否为行为人实际占有为标准。如果行为人已经取得本欲占有的公私财物，就是诈骗罪基本犯的既遂。反之，则是诈骗罪基本犯的未遂。[①]一般认为，1996年12月最高人民法院印发的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第1条有关诈骗罪未遂的规定在诈骗罪基本犯的既遂与未遂的认定标准上采用的就是"占有说"。[②]

2. 控制说

该说认为，应以行为人是否实际取得对公私财物的控制或支配为界限，对诈骗罪基本犯的停止形态进行划分。如果行为人实际取得了对公私财物的控制或支配，则为诈骗罪基本犯的既遂，反之，则为诈骗罪基本犯的未遂。[③] 该说是目前我国刑法学界关于诈骗罪基本犯既遂与未遂区分标准的主流观点。[④]

3. 失控说

该说主张，应以财物的所有人或占有人是否失去对其财物的控制，即以财物所有人或占有人是否实际失去对财物的实际支配权为界限作为诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的区分标准。如果财物的所有人或占有人实际失去对财物的实际支配权，则为诈骗罪基本犯的既遂；反之，则为诈骗罪基本犯的未遂。[⑤]

4. 损失说

该说为我国台湾学者林山田先生所提倡。根据损失说的观点，"被骗者受骗而处分财产造成其本人或者第三人之财产损失，即为本罪之既遂，至于行为人是否已获得财物，则与本罪之既遂无关。"[⑥]也就是说，该说坚持应以财物所有人或者占有人是否交付财物而造成财产损失作为区分诈骗罪基本犯既遂与未遂的标准。

5. 失控加控制说

该说认为，单一的失控说或控制说均不能准确区分诈骗罪基本犯的既遂与未遂形态。应当将失控说和控制说加以结合，以被诈骗的公私财物是否脱离所有人或者占有人的控制并实际置于行为人的控制之

---

① 陈瑞林：《诈骗罪若干问题研究》，载《汕头大学学报》(人文科学版)，1999(3)。
② 钱叶六：《诈骗罪既遂与未遂认定标准刍议》，载《南京经济学院学报》，2002(6)。
③ 黎全阳：《关于诈骗罪认定若干争议问题的探讨》，载《法学家》，1996(2)。
④ 张志勇等编著：《诈骗罪专题整理》，北京：中国人民公安大学出版社，2007，第60页。
⑤ 王晨：《诈骗犯罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，1999，第72～73页。
⑥ 林山田：《刑法特论(上册)侵害个人法益之犯罪》，台北：三民书局，1980，第334页。

下为标准对诈骗罪基本犯的既遂与未遂形态加以区分。[①]

6. 控制加数额较大说

该说认为，根据我国刑法的立法规定，构成诈骗罪需以数额较大为前提。因此，数额较大也应成为影响诈骗罪基本犯既遂与未遂形态区分标准的一个因素。在判断行为人的行为是否成立诈骗罪基本犯的既遂形态时，应综合考量行为人是否实际控制或支配公私财物以及行为人控制或支配的公私财物是否属于数额较大的财物这两个方面的因素，再作出判断。[②]

(三)上述观点确立的现实依据——诈骗罪客观方面的基本构造

在诈骗罪存在四个方面的构成要件，即诈骗罪的构成要件包括客体、客观方面、主体、主观方面等四项内容这一问题上，学界一般并无争议。但对于诈骗罪客观方面的基本构造应该包含哪些要素，学者间却存在着不同的认识。关于诈骗罪客观方面基本构造的学说主要有四要素说和五要素说等不同学说。四要素说认为，诈骗罪在客观方面一般需具备诈骗行为、使他人陷入错误认识、他人基于错误处分财产、行为人获取财产或财产性利益四个要素。[③] 五要素说则认为，只有具备欺骗行为、陷入错误、处分财产、取得利益、财产损失这五个要素，才能完整地建构起诈骗罪在客观方面的基本模型。[④] 当然，除了以上观点外，在关于诈骗罪客观方面基本构造的学说方面还存在其他观点。在各种学说的内部，不同学者也可能持不同的观点。例如，在四要素说中，有学者提出，四要素应当包括行为人采用了欺骗手段、受害人发生了错误认识、受害人基于错误认识而实施了处分财产的行为和受害人损失财物或行为人获取财物这四个要素。[⑤]

不难发现，以上关于诈骗罪客观方面基本构造的学说与诈骗罪基本犯既遂和未遂形态区分标准的学说有着密切的联系。出于对诈骗罪客观方面基本构造的不同认识，学者们提出的诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的区分标准也就不同。大体而言，占有说、控制说、失控说、失控加控制说和控制加数额较大说均是在对诈骗罪客观方面基本构造持四要素说观点的基础上构建的，而损失说则是根据五要素说建立起来的评判标准。

---

① 张志勇等编著：《诈骗罪专题整理》，北京：中国人民公安大学出版社，2007，第61页。

② 陈治民：《论诈骗罪的未遂》，载《法律学习与研究》，1988(3)。

③ 戴有举：《诈骗罪若干实务问题研究》，载《中国刑事法杂志》，2006(4)。

④ 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，序说第5页。

⑤ 王晨：《诈骗犯罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，1999，第28～31页。

诈骗罪客观方面的基本构造与诈骗罪基本犯既遂和未遂形态的区分紧密相关。可以说，对于诈骗罪客观方面基本构造的把握，直接影响了对于诈骗罪基本犯既遂与未遂形态区分的评判。准确认识诈骗罪客观方面的基本构造，即能确切掌握诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的划分标准。这是不无道理的。

首先，在犯罪构成的四要件中，犯罪构成的客观方面是对行为人的行为进行定性的核心要件。在我国刑法理论中，犯罪构成的客观方面是指刑法所规定的，说明行为对刑法所保护的社会关系造成侵害的客观外在事实特征。犯罪构成的客观方面是一切行为构成犯罪的必备要件。[①] 对于司法机关的工作人员来说，犯罪案件一旦发生，其就具有了对案件进行评判的职责。从案件的发现、侦查、起诉、审判再到最终作出判决，司法工作人员并不能还原犯罪行为发生的原貌，而只能根据相关法律的要求，就行为人的行为是否构成犯罪、构成何种犯罪、应否判处刑罚、判处何种刑罚等作出判断。这种判断不能仅凭主观认识作出，其认定需要有客观依据。而这一客观依据就主要体现在对行为人的行为是否符合客观方面的判断上。在犯罪构成的四个要件中，客观方面包含了行为人的行为、行为对象、行为造成的结果、行为手段等多方面的内容，其是行为人行为的社会危害性程度和人身危险性大小最直接、最外在的表现。而犯罪构成的其他三个要件的存在，均需要通过犯罪构成的客观方面才能得以体现。如对犯罪构成中的犯罪客体要件，通过对客观方面中行为人的行为和侵害对象的分析才能加以判断。就犯罪构成中的主体要件而言，也需要依靠司法机关对行为人在客观方面的诸多表现进行分析研究，从而确定犯罪行为的真正实施者。在犯罪构成的主观方面的判断中，司法机关无法通过刑事侦查手段或新型科技手段获取行为人犯罪时的确切心理，而只能从行为人在客观方面表现出来的行为及其造成的结果作出大致判断。因此，相对于犯罪构成的其他要件而言，客观方面更易判断，更贴近客观事实，具有明显的优势。在诈骗案件中，在对行为人的行为进行认定时，要重视对该行为是否符合诈骗罪客观方面要求的判断。

其次，犯罪构成的客观方面是区分罪与非罪、此罪与彼罪的重要依据。在我国刑法理论中，犯罪构成是指我国刑法所规定的、决定某

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000，第 64 页。

一行为成立犯罪所必需的一切客观要件和主观要件的有机统一体。[①]行为成立犯罪首先要符合一定的犯罪构成；就不同的犯罪而言，其犯罪构成并不相同。因此，犯罪构成是认定犯罪，区分罪与非罪、此罪与彼罪的根本依据。而在犯罪构成的诸要件中，最能体现罪与非罪、此罪与彼罪的要件就是客观方面。对于一个犯罪而言，最重要的是先要有危害行为。危害行为是犯罪得以存在的直接载体，无危害行为又何谈犯罪成立！在结果犯当中，特定的危害行为和特定的危害结果是犯罪得以成立既遂并与其他犯罪相区别的必备要件。而行为和结果均是犯罪客观方面的内容，因此，犯罪构成的客观方面往往发挥着区分罪与非罪、此罪与彼罪的重要作用。此外，由于犯罪构成的其他要件往往需要借助客观方面得以为人们认识，所以犯罪构成的客观方面是犯罪构成的其他方面得以体现的外在形式。如果没有犯罪构成的客观方面，犯罪构成的其他要件也就无从体现。相对而言，犯罪构成的客观方面在区分罪与非罪、此罪与彼罪的功能上可能要发挥更加重要的作用。对于诈骗罪基本犯既遂的成立而言，由于其犯罪构成在客体、主体、主观方面并无特殊的要求，因此，其罪与非罪、此罪与彼罪的区别就主要体现在犯罪构成的客观方面。在客观方面产生的认识不同，对该罪成立与否以及成立何罪的判断也就不同。准确判断诈骗罪客观方面的基本构造，不仅是衡量行为是否构成诈骗罪的重要依据，而且为区分诈骗罪与其他犯罪的界限提供了客观的标尺。

最后，犯罪构成的客观方面是区分犯罪完成与未完成形态的重要标志。在我国刑法中，犯罪既遂是犯罪的完成状态，是指行为人在犯罪意思的支配下所实施的犯罪行为，已经具备了刑法分则所规定的某种犯罪构成全部要件的犯罪形态。[②] 而犯罪未完成形态包括预备、中止、未遂三种形式，是指故意犯罪在其发展过程中的不同阶段，由于主客观原因停顿下来，而没有达到终点的犯罪形态。[③] 如上文所述，我国犯罪构成可以分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成两种。依照我国刑法学界的通说，单独犯罪的既遂形态符合基本的犯罪构成，而未遂等犯罪的未完成形态因为并不齐备(既遂形态)犯罪构成的全部要件，所以其只能满足修正的犯罪构成的要求。在同一种犯罪中，未遂等犯罪未完成形态与既遂这种犯罪完成形态在犯罪构成上并没有质的

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉：武汉大学出版社，1999，第 70 页。

② 同上书，第 488 页。

③ 陈兴良主编：《刑法学》(第 2 版)，上海：复旦大学出版社，2009，第 159 页。

差别，其犯罪构成之所以得到修正是因为犯罪未完成形态并没有像完成形态那样具备全部构成要件，二者的区别主要体现在量的方面。而二者在量的方面的区别则只能通过犯罪构成的客观方面得以体现，犯罪构成的其他要件由于其本质特征所限，均无法体现这种差别。以诈骗罪为例，在同一起诈骗案件中，诈骗罪基本犯的既遂与未遂形态在犯罪构成的客体、主体、主观方面均无差异。之所以会出现既遂与未遂的差别，主要是因为行为在客观方面的表现不同。一行为完成了犯罪，满足了诈骗罪客观方面全部要素的要求，因此，成立诈骗罪基本犯的既遂；而另一行为因为行为人意志以外的原因，并未完成犯罪，无法符合诈骗罪(既遂)客观方面全部要素的要求，进而成立诈骗罪基本犯的未遂。所以，在诈骗犯罪中，对其客观方面进行准确把握，正确建立起客观方面的基本构造，厘清客观方面的全部要素，对于区分诈骗罪基本犯的既遂与未遂形态具有至关重要的作用。

综上所述，在犯罪构成的四要件中，客观方面是核心要件，其是判断一个行为是否构成犯罪、构成何种犯罪以及区分犯罪既遂与未遂形态的重要依据。在对诈骗罪基本犯的既遂与未遂进行区分时，首先应当从诈骗罪的客观方面出发，弄清其在客观方面的基本构造。

二、诈骗罪客观方面的基本构造

结合我国1997年《刑法》第266条的规定，我国刑法学界通常将诈骗罪的概念界定为，以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。[①] 一般认为，诈骗罪在客观方面表现为，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

如上文所述，出于对诈骗罪客观方面基本构造的不同认识，学者们提出了四要素说和五要素说等不同的观点。笔者认为，在对诈骗罪客观方面的基本构造进行研究时，一方面，应当立足于我国现行的立法规定，遵循罪刑法定原则的要求，并结合我国司法实践中对诈骗罪应用所积累的成功经验，对诈骗罪的内在规律进行把握；另一方面，还应当按照体系解释的方法，将诈骗罪放于整个刑法分则的体系之中，在充分对比其与相关罪名之间的联系和区别之后，再对其客观方面的构成要素作出判断。

---

① 王晨：《诈骗犯罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，1999，第125页。

从构成要素的内容来看，无论是四要素说还是五要素说，学者们对诈骗罪在客观方面包含欺诈行为和陷入错误认识并处分财产，即行为人实施欺诈行为，他人因为该欺诈行为陷入错误认识并进而处分财产这两个方面的内容并无异议。争议之处在于，被害人遭受财产[①]损失，行为人获得财产以及数额较大这三个因素是否应该纳入诈骗罪客观方面的基本构造之中。以下本文就分别对这三个要素进行分析。

（一）被害人失去对财产的控制应当属于诈骗罪客观方面的构成要素

在诈骗犯罪中，行为人出于非法占有的目的，以采用虚构事实或隐瞒真相的方法，企图骗取他人的财产。而他人也并未识破行为人的骗术，对行为人的言行深信不疑，并进而产生了错误认识，或者加深了其以往的错误认识。在错误认识的支配下，其实施了处分财产的行为。至此，诈骗犯罪中加害人和被害人或相关人员的行为可谓都已实施完毕，至于加害人是否实际获得财产以及该犯罪中的相关财产数额是否达到数额较大的标准，都是行为人在行为实施之后产生的结果，而无须加害人和被害人双方采取任何积极行动，在此先不予讨论。实际上，在被害人或相关人员实施处分财产的行为之后，被害人就已经遭受了财产损失。当然，这里的“损失”是从广义层面来理解的损失，既涉及被害人因实施错误处分财产的行为而失去所有权，并已为他人所实际拥有的财产，也涉及被害人因为实施处分财产的行为而失去控制权，但尚未被他人所占有的财产。在这里，我们并不需要讨论被害人或相关人员在认识错误的情况下，本以为处分了财产，实际上却并未处分财产的情形。因为，简单的情形最能体现事物的本质特征，复杂的情形都必须建立在简单情形的基础之上。对简单情形的某些要素加以变更就能形成复杂的情形。因此，在对诈骗罪客观方面的基本构造进行构建时，我们只需建立最简单的模型即可。对认识错误等复杂情形的认识依赖于诈骗罪简单模型的构建。不管是四要素说，还是五要素说，都明确地承认了欺骗行为、他人因认识错误并处分财产这两个构成要件要素，实际也就已经默认了被害人遭受财产损失这一要素应属于诈骗罪的客观构成要素。只不过，有的学说将其明确表示出来，有的学说未将其明确表示出来而已。至此，诈骗罪客观方面的基本构造就包括欺诈行为、他人陷入错误认识并处分财产和财产损失这三个

---

① 这里所指的“财产”既包括刑法意义上的财产，又包括财产性利益，下文所称“财产”也均是在这个意义上使用的。

方面的要素。

失控说和损失说这两种学说就是建立在诈骗罪客观方面的基本构造由欺诈行为、他人陷入错误认识并处分财产和财产损失这三个要素的基础上形成的区分诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的判断标准。根据失控说的观点，行为人实施诈骗行为，只要使被害人失去了对财产的控制，行为人的行为即可构成诈骗罪基本犯的既遂。而损失说则要求行为人的行为不但使被害人失去了对财产的控制权，还必须因行为人的诈骗行为造成了实际的财产损失才能构成诈骗罪基本犯的既遂。诈骗罪是我国 1997 年《刑法》分则第 5 章“侵犯财产罪”中规定的一个罪名，其侵犯的直接客体是公私财产的所有权。失控说和损失说都直接体现了诈骗行为对他人公私财产所有权的侵害。从法益保护的角度来看，相对于损失说在被害人实际遭受财产损失的情况下才对其实施保护而言，失控说将在行为人的行为刚刚使被害人的财产失去控制、尚未造成损失后果的情况下即认定其构成既遂，提早一步对被害人的财产加以保护，从而有力地保护了公私财产的所有权，也便于司法机关对各种诈骗犯罪进行及时、有力的打击。因此，在诈骗罪基本犯既遂与未遂的区分标准上，失控说比损失说更加合理。在采用失控说的观点，将被害人遭受财产损失称为被害人失去对财产的控制更为恰当。

(二)行为人获得财产不应当属于诈骗罪客观方面的构成要素

从司法实践来看，一般而言，在被害人失去了对财产控制的同时，行为人也已经获得了相应的财产。即失去对财产的控制与取得财产一般是同步的。但是，在信息技术高速发展的今天，有时，被害人失去对财产的控制与行为人获得财产是并不同步的，二者之间存在时差。有时，被害人失去对财产的控制，但行为人却并不能因此取得财产利益或者取得财产的价值要远远小于被害人失去控制财产的价值。因此，被害人失去对财产的控制并不意味着此时行为人即已获得了财产，不能将这二者完全等同。

那么，诈骗罪在客观方面除表现为行为人实施欺诈行为，被害人或相关人员基于错误认识处分财产，由此使被害人失去对财产的控制之外，是否还需要行为人基于欺诈行为从而获得财产这一要素呢?

笔者认为，行为人获得财产并非诈骗罪客观方面的必备要素。一方面，诈骗罪侵犯的法益是他人的公私财产所有权。只要行为人的行为实际上侵犯了公私财产权这一法益或者对公私财产权这一法益造成了严重威胁，均可认定为诈骗行为，而不需要另外要求具备行为人获得财产这一要素。实际上，行为人在实施欺诈行为造成被害人失去对

财产控制的那一刻，即已侵犯了他人的公私财产所有权。其行为此时已经具有了社会危害性。如果再符合诈骗罪其他方面的要求，即可将其行为评价为犯罪行为。行为人获得财产与否，并不会对其行为的性质产生影响。只不过在行为人的行为不仅造成了被害人失去对财产的控制，并因此获得了财产的情况下，其行为不仅达到了侵犯法益的程度，还满足了其实施诈骗行为的主观意愿；如果行为人的行为虽然造成被害人失去对财产的控制，却没有因此获得相应的财产，这只是不符合行为人实施诈骗行为的主观意图而已，但由于其行为确已侵犯了法益，因此，也满足了刑法对于诈骗犯罪客观方面的要求。在诈骗犯罪中，行为人主观方面的犯罪意图能否实现，并不对诈骗罪的成立产生任何影响。另一方面，诈骗罪的成立要求行为人在主观上具有非法占有的目的，因此，诈骗罪属于典型的目的犯。根据目的犯的相关原理，特定目的属于超过客观要素范围的主观要素，在客观上并不要求存在与之相对应的行为。特定目的的实现与否，也并不影响目的犯的既遂的成立。[①] 因此，对于诈骗罪而言，行为人获得财产与否并不影响其基本犯既遂的成立。

在以上关于诈骗罪基本犯既遂与未遂的区分标准中，占有说、控制说、失控加控制说均是建立在诈骗罪客观方面的基本构造由欺骗行为、陷入错误认识并处分财产、被害人失去对财产的控制以及行为人获得财产这四个方面要素的基础上。当然，此处对于行为人获得财产中的“财产”也应作广义上的理解。其不仅包括行为人实际获得了他人财产的所有权，还包括行为人虽尚未获得他人财产的所有权，但已实际获得对这些财产的控制权的情形。在上文中，笔者已经否定了将行为人获得财产作为诈骗罪客观方面基本构造的构成要素的必要性。基于该基础建立起来的诈骗罪基本犯的既遂与未遂的区分标准也就没有存在的合理性。因此，占有说、控制说、失控加控制说均不能对诈骗罪基本犯的既遂与未遂作出准确区分。

（三）数额较大应当属于诈骗罪客观方面的构成要素

1.“数额较大”在诈骗罪中的具体含义

在对数额较大是否属于诈骗罪客观方面的构成要素这一问题进行探讨之前，有必要先对“数额较大”在诈骗罪中的具体含义作出界定。

对于我国1997年《刑法》第266条中规定的“数额较大”的具体内涵，学者们提出了不同的见解。有学者认为，此处所指的“数额较大”

---

① 王志祥：《犯罪既遂新论》，北京：北京师范大学出版社，2010，第283页。

应是犯罪所得数额较大，即行为人通过实施诈骗行为而实际取得或实际控制的财产数额较大。① 而另有学者则认为，这里的"数额较大"应是指因犯罪造成的财产损失数额较大，即受骗人因为行为人的诈骗行为造成的直接损失数额较大。②

针对以上两种不同意见，笔者认为，将诈骗罪中规定的"数额较大"理解为被害人因犯罪行为而失去控制的财产数额较大，更为妥当。

第一，根据上文所述，行为人基于诈骗行为获取财物并不是诈骗罪客观方面中的必备要素。对于诈骗罪客观方面构成要素的认定，只需评价到被害人因诈骗行为失去对财产的控制即可。因此，从诈骗罪客观方面构成要素的内在逻辑来看，"数额较大"应理解为被害人因诈骗行为而失去控制的财产数额较大。

第二，如上文所述，从司法实践中出现的诈骗案件来看，行为人因实施诈骗行为而造成被害人失去对财产的控制，与行为人因诈骗行为而获得财产并不完全等同。行为人获得财产的价值往往小于或等于被害人失去控制财产的价值。以行为人的犯罪所得对其行为进行定罪量刑，而忽视被害人失去对财产控制的实际数额，实际上等于放纵了犯罪，对被害人而言也是十分不利的。因为其失去控制的一部分财产或全部财产将会基于法律评价的缺失而无法得到应有的保护。从法益保护的角度出发，将"数额较大"认定为被害人失去对财产的控制更利于对被害人的公私财产进行保护，也更便于司法机关惩治诈骗犯罪。

第三，行为人实施诈骗行为的主观目的是为了获取财产。因此，有学者就以行为人此目的的实现为出发点对诈骗罪客观方面的基本构造进行构建，进而认为我国 1997 年《刑法》第 266 条所规定的"数额较大"应是行为人通过诈骗行为实际获取或实际控制的财产的数额较大。③ 笔者认为，一个行为构成犯罪与否并不在于行为人通过实施该行为是否实现了其主观意愿，而在于该行为是否具有严重的社会危害性，并切实严重侵犯了法益。行为人主观目的的实现与否并不能对该行为人实施的危害行为的社会危害性产生影响。只要行为人所实施的行为具有严重的社会危害性并严重侵犯了法益，其主观目的即使没有实现，也应该将其行为认定为犯罪。将诈骗罪中"数额较大"的规定理解

① 朱铁军：《诈骗罪犯罪数额内涵之解读——2 元手续费所引发的思考》，载《江西公安专科学校学报》，2007(1)；陈治民：《论诈骗罪的未遂》，载《法律学习与研究》，1988(3)。

② 王晨：《诈骗罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，1999，第 46 页。

③ 朱铁军：《诈骗罪犯罪数额内涵之解读——2 元手续费所引发的思考》，载《江西公安专科学校学报》，2007(1)；陈治民：《论诈骗罪的未遂》，载《法律学习与研究》，1988(3)。

为行为人获得的财产数额较大，实则落入了“犯罪目的实现说”的窠臼之中。

2.“数额较大”是诈骗罪基本犯既遂客观方面构成要素中的必备要素

目前，我国刑法学界普遍认为，我国刑法在界定犯罪概念时采取“定性+定量分析”的立法模式。刑法分则的许多犯罪构成中不仅包含着定性因素，还包含着定量因素。[①] 我国 1997 年《刑法》对诈骗罪的规定就属于分则犯罪构成中“定性+定量分析”的典型例证。根据我国 1997 年《刑法》第 266 条的规定，构成诈骗罪基本犯的既遂，不仅需要有诈骗公私财物的行为，还需要有数额较大这一条件的限制。司法实践中，将诈骗行为认定为诈骗犯罪，也需要行为既符合刑法规定的诈骗公私财物的特征，又须满足一定数额的要求。如果行为人仅具有欺诈公私财物的行为，但相关数额却未达到刑法规定的“较大”的要求，则只能将该行为认定为诈骗行为，而不能对行为人以诈骗罪定罪处罚。可以说，“数额较大”的判定对于诈骗罪基本犯既遂形态的成立与否起到了至关重要的决定性作用。

“数额较大”不但可以影响诈骗罪基本犯既遂形态的成立，而且对于诈骗罪与普通诈骗行为的区分具有重大意义。我国的犯罪构成要件是对一定行为严重社会危害性的性质和程度的规定和体现，是表明行为侵犯法益的质的构成要件要素与表明行为侵犯法益的量的构成要件要素的有机统一。[②] 犯罪构成要件质与量的结合，是我国刑法的一大特色。质与量的统一不仅能体现出一个犯罪与其他犯罪相区别的特殊性质，而且也是区分该罪成立与否的重要标志。在诈骗罪客观方面的构成中，欺骗行为、陷入错误认识并处分财产、被害人失去对财产的控制等客观方面的要素均是诈骗罪罪质方面的重要体现，其直接体现了行为人实施的欺诈行为的法益侵害性，并决定着该欺诈行为的性质。“数额较大”这一要素虽然并不影响行为人欺骗行为的性质，但却反映了该行为对社会的危害程度，从而对诈骗罪的成立与否产生影响。在确定了行为人的欺诈行为确实符合诈骗罪罪质的方面要求的前提下，如果被害人损失的财产数额又符合诈骗罪规定的“数额较大”的要求，则行为人实施的欺骗行为就已经达到了严重社会危害的程度，其在客

① 于志刚：《法条竞合视野中数额犯入罪标准的统一化》，载《中国刑事法杂志》，2010(5)。

② 王志祥：《犯罪构成的定量因素论纲》，载《河北法学》，2007(4)。

观方面就符合了诈骗罪基本犯既遂形态构成要件的要求；如果被害人损失的财产数额并不符合“数额较大”的要求，则说明行为人实施的欺骗行为并没有达到严重危害社会的程度，其行为就不符合诈骗罪构成要件在客观方面的要求，因此，对其行为就不能以诈骗罪定罪处罚。“数额较大”与欺骗行为、陷入错误认识并处分财产、被害人失去对财产的控制这三个客观方面的构成要素相互配合，相互协调，共同体现了诈骗罪的构成在客观方面质与量统相一的特征。也只有将“数额较大”纳入诈骗罪客观方面的构成要件之中，才能真正地将诈骗罪与普通的诈骗行为相区别。

诈骗罪保护的法益是公私财产的所有权。在我国现行的法律体系中，公私财产的所有权受到三重保护。首先，民法通过《合同法》、《侵权责任法》等一系列民事法律的规定，对被害人因行为人的欺诈行为而陷入错误认识并因此加以处分的财产进行保护，从而在民事方面构筑起了对财产进行保护的第一重保障；其次，行政法通过对尚不够刑事处罚，但确已触犯《治安管理处罚法》的诈骗行为者给予治安管理处罚，对被害人基于诈骗行为遭受损失的财产提供了第二重保护；最后，对于因诈骗行为造成被害人遭受较大数额财产损失的行为人，除了通过民法对被害人提供补救措施之外，刑法还提供第三重保护，即对行为人给予刑事处罚。[①] 由此可见，在我国，并非所有的诈骗行为都构成诈骗罪。刑法规制的诈骗犯罪只是那些达到严重社会危害性程度的欺诈行为。而诈骗行为满足“严重社会危害性程度”的要求就直接体现在“数额较大”的规定上。根据“数额较大”这一判断标准，在行为人的行为造成被害人遭受的财产损失达到“数额较大”的程度时，就应肯定其行为满足诈骗罪客观方面的要求；而当行为人的行为造成被害人遭受的财产损失不能达到“数额较大”的标准时，则应对一部分不属于犯罪行为的违法行为进行分流。在诈骗犯罪中，“数额较大”的规定将一些未能达到刑法中量的方面要求的违法行为排除在犯罪之外，大大限制了诈骗罪的成立范围。同时，“数额较大”的规定也与我国 1997 年《刑法》第 13 条“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定相契合，是我国刑法谦抑性原则的重要体现。

在我国，将数额较大纳入诈骗罪基本犯既遂形态客观方面的基本构造中，不仅是诈骗罪构成要件“定性＋定量分析”立法模式的必然要求，也是限制诈骗罪成立范围的重要举措。与我国刑法在立法上既定

---

① 邓超：《论诈骗罪的保护法益》，载《西南民族大学学报》(人文社科版)，2006(8)。

性又定量的做法不同，世界上很多国家都采取了“立法定性、司法定量”的模式。在这些国家的刑法立法中，立法者只对犯罪行为的本质特征进行描述，并不做任何数量上的限制，而是将这些数量上的条件放到司法阶段予以考察，由立法机关和司法机关共同对行为人行为的性质作出判断。因此，这些国家的犯罪构成并不包含量的因素。刑法典对于诈骗罪的规定，也仅体现其行为特征，并不能涵盖我国刑法所要求的“数额较大”的内容。而我国刑法学界否认数额较大作为诈骗罪客观方面构成要素的观点，恰恰是基于外国刑法在诈骗犯罪的立法上“只定性，不定量”的现实规定提出来的。对诈骗罪客观方面基本构造的讨论，应当建立在我国刑法现实立法规定的基础之上；脱离我国刑法的现实土壤，就无法对诈骗罪客观方面的基本构造进行正确构建。因而，否认数额较大作为诈骗罪既遂形态客观方面构成要素的观点并不符合我国刑法立法对于诈骗罪既定性又定量的实际情况。

综上所述，笔者认为，忽略诈骗罪客观方面“数额较大”这一定量因素的观点并不合理。因此，“数额较大”应成为诈骗罪基本犯既遂形态客观方面基本构造的必备要素。诈骗罪的客观方面应当由欺诈行为、陷入错误认识并处分财产、被害人失去对财产的控制、失去控制的财产数额较大这四个构成要素组成。即行为人实施欺诈行为，被害人或其他人员基于该欺诈行为陷入错误认识并处分了财产，从而造成被害人失去对财产的控制且该失控财产数额较大的结果。

三、诈骗罪基本犯未遂形态的判断标准

根据犯罪既遂的定义，诈骗罪的既遂形态应当是具备诈骗罪全部构成要件的形态。体现在诈骗罪的客观方面，即表现为行为人实施欺诈行为，被害人基于该欺诈行为失去了对数额较大财产的控制。从犯罪构成的角度对犯罪未遂形态和既遂形态加以分析，二者既有共性，又有区别。二者的共同之处在于，在这两种形态的场合，行为人都已着手实施犯罪行为，且二者均是犯罪的停止形态，在犯罪构成要件上具有部分重合性。不同之处在于，在犯罪既遂形态中，行为人已经完成了犯罪，即行为已经具备了犯罪构成的全部要件；在犯罪未遂形态中，犯罪未遂形态的构成是对犯罪既遂形态构成的一种修正。由于在犯罪未遂形态的场合，行为人所实施的犯罪行为并未完成，所以，行为并不齐备犯罪构成的全部要件，而是缺少其中一两个要件。根据上文所述，在犯罪构成诸要件中，客观方面是区分犯罪既遂与未遂形态

的重要依据。因此，对于犯罪未遂形态的判定就可以借助犯罪客观方面的要素加以判断。

具体就诈骗罪而言，行为人在实施欺诈行为时就已经开始着手实施犯罪行为。行为人因其行为造成被害人失去对财产的控制，且该失控财产数额较大时，该犯罪行为就已完成。相应地，犯罪未完成形态应当体现为行为人因其行为并未使被害人失去对财产的控制，或者虽然因行为人的行为使被害人失去对财产的控制，但该失控财产的数额却并未达到数额较大的标准。因此，诈骗罪基本犯的未遂行为就应当有两种表现形式：其一，被害人并未因行为人的欺诈行为失去对财产的控制；其二，虽然被害人基于行为人的欺诈行为失去对财产的控制，但该失控财产的数额并未达到数额较大的程度。由此，诈骗罪基本犯未遂形态的判断标准应当是失控加数额较大说。

四、对相关司法解释中有关诈骗罪基本犯未遂形态规定的评析

我国 1997 年《刑法》第 266 条并未对诈骗罪未遂形态的处罚作出具体规定。根据犯罪未遂的基本理论，对于诈骗罪基本犯未遂形态进行处罚，应当结合 1997 年《刑法》总则第 23 条的规定，对行为人比照既遂犯从轻或者减轻处罚。对此，理论上并无争议。

关于诈骗罪未遂形态的处罚，学界的争议之处集中在对司法解释中有关诈骗罪未遂形态处罚规定的理解上。以下本文就对我国有关诈骗罪的两个司法解释中的相关规定进行评析。

(一)对 1996 年诈骗罪司法解释中有关规定的评析

1996 年 12 月 24 日，最高人民法院审判委员会第 853 次会议讨论通过了《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》。其中，关于诈骗罪未遂形态的处理，该司法解释第 1 条规定："已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。"对于该条规定，可以从以下三个方面进行理解。

1. 该条能够涵括诈骗罪基本犯未遂的情形

该条将诈骗未遂界定为，已经着手实施诈骗行为，由于行为人意志以外的原因而未获取财物的行为。通过该司法解释的规定可以看出，该条规定的诈骗未遂属于诈骗罪基本犯未遂的情形，而非诈骗罪加重犯未遂的情形。

“诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚”的规定是对诈骗罪未遂形态处罚作出的说明。该规定一方面表明，对于行为人实施的诈骗罪基本犯的未遂行为，可以依照刑法以诈骗罪对其进行定罪处罚；另一方面则表明，并非所有的诈骗罪基本犯的未遂行为，都应以诈骗罪对行为人定罪处罚，行为人的行为只有符合“情节严重”的情形，其行为才具有刑事可罚性。该条规定大大限制了诈骗罪未遂形态的处罚范围。

2. 该条对于诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的区分标准采取的是“占有说”

该条将“未获取财物”视为诈骗罪基本犯未遂形态成立的标志。由此可以看出，该司法解释对于诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的区分标准采取的是“占有说”，即以行为人实际占有公私财物作为诈骗罪基本犯的既遂，行为人尚未实际占有公私财物作为诈骗罪基本犯的未遂。

由此可见，该条并未认识到诈骗罪的基本犯具有数额犯的性质，没有考虑到“数额较大”在诈骗罪基本犯客观方面中的地位，因此，未将“数额较大”当做影响诈骗罪基本犯未遂形态判断的因素。不能不说，这是该条对于诈骗罪未遂形态规定的一大缺憾。另外，该条将“占有说”作为评价诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的区分标准，也有失妥当。在司法实践的一些情况中，被害人基于诈骗行为产生了错误认识，并已经失去了对财产的控制权，但是行为人却基于种种原因并未实际占有该财产，或者行为人已经掌握了该财产的控制权但却尚未实际占有该财产。在这类情况中，被害人的财产权受到了行为人诈骗行为的侵害，行为人的行为完全符合了诈骗罪客观方面构成要素的要求。如果以“占有说”为评价标准，由于行为人尚未实际占有该财产，而无法将这类情况认定为构成诈骗罪基本犯的既遂，而只能认定为诈骗罪基本犯的未遂；而如果以“失控说”为评价标准，则可将该类行为认定为构成诈骗罪基本犯的既遂。由此可见，相对于失控说来说，“占有说”对于诈骗犯罪的打击颇显不力，对公私财产的保护更为滞后，也不利于司法机关及时采取有效措施对公私财产进行全面保护。因此，以“占有说”作为诈骗罪基本犯既遂与未遂形态的区分标准，并不恰当。

3. 该条以“情节严重”作为诈骗罪基本犯未遂形态的定罪标准，不具有可操作性

该条对诈骗罪未遂的定罪标准以“情节严重”一词予以描述。值得肯定的是，“情节严重”这一规定严格限制了对诈骗罪基本犯未遂形态的处罚范围，因而符合刑法谦抑性原则的要求。但是，不容忽视的是，

由于“情节严重”具有高度的概括性，该司法解释对于何为情节严重以及情节严重包括哪些具体的内容却并未作出明确规定。这就造成了司法实践中，司法机关在“情节严重”认定问题上存在较大的争议。刑法的司法解释具有细化刑事立法规定，并指导司法机关具体运用刑法的功能。因此，刑法的司法解释应当具体明确，并具有可操作性。针对该条存在的诈骗罪基本犯未遂的定罪标准尚不明确这一问题，后续司法解释还需对“情节严重”的含义和具体包含的内容作出进一步具体说明。

(二)对 2011 年司法解释中有关诈骗罪未遂形态规定的评析

2011 年 3 月 1 日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条对诈骗未遂形态作出了重新界定：“诈骗未遂，以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节的，应当定罪处罚。”对于该条，可以从如下三个方面进行理解。

1. 该条只是涉及诈骗罪加重犯的未遂问题

从司法解释的具体规定可以看出，2011 年刚出台的司法解释并未对诈骗罪基本犯的未遂形态作出明确界定。“以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节的”这一规定完全符合 1997 年《刑法》第 266 条第 2 款对诈骗罪加重犯的具体描述。因此，该条只是涉及诈骗罪加重犯的未遂问题，而并未对诈骗罪基本犯的未遂问题进行具体规定。

2. 该条并未否定诈骗罪基本犯的未遂形态具有刑事可罚性

与 1996 年有关诈骗罪的司法解释中对诈骗罪基本犯的未遂问题作出明确规定的做法不同，2011 年的司法解释并未涉及该问题，而只是对诈骗罪加重犯的未遂问题作出了规定。该司法解释第 11 条规定：“以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。”未规定并不意味着“不一致”，并不能由此就否定这该司法解释承认诈骗罪存在基本犯的未遂形态及其具有刑事可罚性。

一方面，从制定背景来看，在 1996 年有关诈骗罪的司法解释通过的当时，我国市场经济发展尚不完善，诈骗犯罪的发展也并未呈现出多样发展的态势，诈骗犯罪未遂形态还多停留在基本犯的阶段。由于对诈骗罪加重犯未遂形态的认识和研究均不够深入，因此，1996 年有关诈骗罪的司法解释中并未出现关于诈骗罪加重犯的内容。随着时代的发展，伴随着我国科学技术水平的迅速提高和市场经济发展的逐步深入，近些年来，我国诈骗犯罪呈现出多种样态，其加重犯的未遂形

态也频繁出现在司法实践当中。相对于基本犯的未遂形态而言，诈骗罪加重犯的未遂形态具有更大的社会危害性，其对我国市场经济的发展和公私财产的侵犯造成的危害更大。因此，现阶段，诈骗罪加重犯的未遂形态更加引起公众和司法机关的关注。2011 年司法解释将诈骗罪加重犯的未遂形态单独列出，就反映了诈骗犯罪发展的这一趋势，同时该规定也起到提示司法机关注意的作用。

另一方面，从我国刑法和相关司法解释对于未遂的表述来看，刑法理论中所说的“未遂”主要有两种含义：一种是行为未遂；另一种是犯罪未遂。行为未遂是一般意义上的未遂，是指行为人着手实施某一危害行为，由于意志以外的原因而未能完成该行为。而犯罪未遂则是指，犯罪人着手实施某一危害行为，由于行为人意志以外的原因未能完成该行为但仍构成犯罪的情形。犯罪未遂以行为未遂为基础，是具有刑事处罚可能性的行为未遂；而未遂行为则包含了犯罪未遂的内容，其是否属于犯罪未遂，还取决于对其能否排除符合《刑法》第 13 条“但书”规定的可能性。① 据此，对诈骗罪基本犯的未遂行为是否能认定为诈骗罪的未遂犯，还在于其能否排除符合我国 1997 年《刑法》第 13 条“但书”的规定。如果该诈骗行为确属情节显著轻微危害不大的，就不应该将其认定为犯罪加以处罚；如果该诈骗行为不属于情节显著轻微危害不大的范围，则应将其认定为诈骗罪加以处罚。因此，不能仅仅由于 2011 年司法解释中未规定诈骗罪基本犯的未遂就否定诈骗罪基本犯存在未遂形态的可能性。

由此，在今后的司法实践中，司法机关应当按照 2011 年司法解释的规定着重打击诈骗罪加重犯的未遂形态。而对诈骗罪基本犯的未遂形态的处罚则应参照 1996 年司法解释的相关规定作出相应的处理。

3. 该条未规定诈骗罪基本犯未遂形态的做法并不合理

虽然该条并未否认诈骗罪基本犯存在未遂形态存在的可能性，但是，在新的司法解释中只规定诈骗罪加重犯的未遂形态，而不规定诈骗罪基本犯的未遂形态，这并不恰当。

第一，这种规定容易让人产生误解，似乎只有诈骗罪的加重犯存在未遂形态，而其基本犯就不存在未遂形态。这样就极易造成司法实践中的混乱，不同的司法机关在处理同一诈骗罪基本犯未遂形态的问题时，可能会有不同的处理方式，从而得出不同的处理结果。

第二，诈骗罪加重犯的未遂以诈骗罪基本犯的未遂为基础。从司

① 王志祥：《数额犯基本问题研究》，载《中国刑事法杂志》，2007(2)。

法解释规定系统性的角度来讲，在规定诈骗罪加重犯未遂形态之前，只有先对诈骗罪基本犯的未遂形态作出明确界定，才能更好地体现加重犯未遂形态的特征，对于加重犯未遂形态的处理也才更易让人接受。

第三，从其他相关司法解释的规定来看，如就盗窃罪、生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪而言，其司法解释均明确规定了对基本犯的未遂形态进行处罚的原则。如 1997 年 11 月 4 日最高人民法院审判委员会第 942 次会议通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条规定，盗窃未遂，情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，应当定罪处罚。2001 年 4 月 5 日最高人民法院审判委员会第 1168 次会议、2001 年 3 月 30 日最高人民检察院第 9 届检察委员会第 84 次会议通过的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条规定，伪劣产品尚未销售，货值金额达到《刑法》第 140 条规定的销售金额 3 倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。2011 年 1 月 10 日颁布的最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第 8 条规定，销售明知是假冒注册商标的商品，具有假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额在 15 万元以上或假冒注册商标的商品部分销售，已销售金额不满 5 万元，但与尚未销售的假冒注册商标的商品的货值金额合计在 15 万元以上等情形之一的，以销售假冒注册商标的商品罪(未遂)定罪处罚。

在司法解释中，明确规定基本犯的未遂问题，不仅可以使相关规定更加系统、明确，而且也更便于司法实践中司法机关的操作，使刑法的应用达到法律效果和社会效果的统一。2011 年相关司法解释未规定诈骗罪基本犯未遂形态的做法有待最高司法机关在未来的司法解释中进一步加以完善。

诈骗犯罪处理中的刑民交叉问题

毛立新*

在司法实践中，诈骗犯罪往往与经济纠纷交织互涉，法律关系复杂，处理难度较大。尤其是刑事、民事诉讼并存并行时，如何处理二者之间的关系，是一个十分棘手的问题。下面，就诈骗犯罪处理中常见的三个刑民交叉问题，笔者作一探讨。

一、就同一法律事实，人民法院已作为民事案件受理或作出裁判，公安机关能否再行立案侦查

在司法实践中，经常会遇到这种情况：对人民法院已作为经济纠纷案件受理、审理，甚至是已作出生效判决、裁定的案件，民事诉讼当事人或者其他单位、个人针对同一法律事实，又向公安机关举报、报案、控告，要求公安机关立案侦查，追究相关人员诈骗犯罪的刑事责任；或者公安机关在工作中自行发现，民事诉讼正审理的法律事实涉嫌诈骗犯罪，应予追究刑事责任。此时，公安机关该作何处理？能否再行立案侦查？

对此情况，最高人民法院 1998 年颁布的《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 12 条规定："人民法院已立案审理的经济纠纷案件，公安机关或检察机关认为有经济犯罪嫌疑，并说明理由附有关材料函告受理该案的人民法院的，有关人民法院应当认真审查。经过审查，认为确有经济犯罪嫌疑的，应当将案件移送公安机关或检察机关，并书面通知当事人，退还案件受理费；如认为确属经济纠纷案件的，应当依法继续审理，并将结果函告有关公安机关或检察机关。"与之相对应，公安部 2005 年 12 月印发的《公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》(以下简称公安部《规定》)第 11 条规定："公安机关发现经济犯罪嫌疑，与人民法院已受理或作出生效判决、裁

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、法学博士。

定的民事案件系同一法律事实的，应当说明理由并附有关材料复印件，函告受理或作出判决、裁定的人民法院，同时，通报相关的人民检察院。"第12条规定："需要立案侦查的案件与人民法院受理或作出生效判决、裁定的民事案件，属于同一法律事实，如符合下列条件之一的，公安机关应当立案侦查：(一)人民法院决定将案件移送公安机关或者撤销该判决、裁定的；(二)人民检察院依法通知公安机关立案的。"

根据上述规定，对于人民法院已作为经济纠纷受理、审理或作出生效裁判的案件，就同一法律事实，如果公安机关认为涉嫌经济犯罪，应函告受理或作出裁判的人民法院，要求人民法院移送案件或撤销原生效裁判。对于人民法院决定将案件移送或撤销原生效裁判，以及人民检察院通过立案监督通知公安机关立案的，公安机关应当立案。很显然，除明确上述两种情形"应当立案侦查"外，对于其他情形能否立案侦查，公安部《规定》并未予涉及。例如以下两种情形：(1)公安机关函告人民法院后，人民法院并未将案件移送公安机关，而是继续审理，或者仅仅裁定中止审理，此时民事诉讼仍然存在，公安机关能否立案侦查？(2)人民法院已经作出生效裁判，并未启动再审程序予以撤销，公安机关能否立案侦查？这两种情形下，如果存在检察机关通过立案监督通知公安机关立案的情况，自然应当立案侦查。问题是，如果没有检察机关通知立案，公安机关还能立案侦查吗？

由于公安部《规定》对此采取回避态度，再加上近年来公安部三令五申严禁公安机关插手经济纠纷，因而，许多基层公安机关想当然地认为：对《规定》所明确的两种"应当立案侦查"以外的其他案件，凡属人民法院正在审理或已经作出生效裁判的，原则上不予立案。1998年1月公安部下发《关于办理利用经济合同诈骗案件有关问题的通知》，文件指出："由于利益驱动和地方、部门保护主义的干扰，在办理利用经济合同诈骗案件中存在不少问题"，其中之一就是"有的把经济合同纠纷，包括人民法院正在办理的或已办结的经济合同纠纷案件作为诈骗案件办理"。公安部纪委1997年4月15日下发《关于加强对办理诈骗案件的监督，坚决纠正非法干预经济纠纷的意见》明确禁止公安机关"将人民法院(包括外地法院)已经受理或作出裁定、判决的经济纠纷以诈骗立案侦查"，其第3条第2项还规定：对人民法院已经立案受理或已经审结作出裁定、判决的经济纠纷案件，没有确凿证据，强行作为诈骗案件立案侦查的，纪律监察部门应当以非法干预经济纠纷立案查处。

因此，基层公安机关对此类案件，往往采取消极态度，在人民法

院没有移送案件或撤销生效裁判，也没有检察机关通过立案监督通知立案的前提下，更多是不予立案。由此引发的问题是：控告人、报案人或举报人认为公安机关不作为，四处上访；公安机关对本属刑事犯罪的案件不予立案，造成放纵犯罪。另外，个别不法分子故意将涉嫌经济犯罪的事件描述成民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼，以此来阻滞公安机关开展刑事侦查活动，导致出现了“以民止刑”的不正常现象。

因此，对于人民法院已作为民事案件受理、审理或者作出生效裁判，就同一法律事实，公安机关能否再行立案侦查的问题，亟须在理论上予以澄清，在立法上予以明确，并在程序上给予制约。

(一)理论上予以澄清

对此，有学者指出：公安机关有权自行决定是否立案侦查，不受人民法院是否移送案件或者撤销判决、裁定的制约，也不能依赖人民检察院通知。理由是：(1)刑事侦查权是法律赋予公安机关的神圣职责，不容剥夺、取代，更不容自行放弃；(2)现行法律(法规、司法解释、规章等)并未禁止公安机关另行启动刑事侦查程序；(3)将民事诉讼活动作为影响刑事立案的决定性因素，不符合刑事优先的诉讼原则；(4)民事诉讼程序和民事审判机构不能胜任判断“是否有经济犯罪嫌疑”的重任；(5)公安机关另行立案不会对司法权威造成损害；(6)不能消极等待人民检察院通知立案。①笔者认为，除上述理由外，对公安机关有权自行决定是否立案侦查，不受人民法院是否移送案件或者撤销生效裁判的制约，还可以从以下方面加以论证。

1. 即便是针对同一法律事实，民事诉讼也无法取代刑事诉讼

同一法律事实，完全可以同时引起两种法律关系：一是犯罪人与国家之间的刑事法律关系，二是平等主体之间的民事法律关系。比如合同诈骗犯罪，一方面，引起犯罪人与国家之间的刑事法律关系，犯罪人应向国家承担刑事责任；另一方面，还引起了犯罪人与被害人之间的民事法律关系，犯罪人应向被害人承担民事赔偿责任。这是性质完全不同的两种法律关系和法律责任，不能相互替代。两种法律责任的追究，原则上应分别通过刑事诉讼、民事诉讼予以实现。只是在特殊情况下，可以通过刑事附带民事诉讼的方式，在追究犯罪人刑事责任的同时，一并追究其民事责任。但民事诉讼却只能解决民事责任问

---

① 宋阳：《论侦查程序中“刑民交叉”案件的处理》，载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)，2007(3)：49～51。

题，绝不可能附带解决犯罪人的刑事责任问题。因此，针对同一法律事实，即使民事诉讼正在审理，或者已作出生效裁判，也不能替代或妨碍公安机关再行启动刑事侦查程序，追究犯罪人的刑事责任。否则，就是放纵犯罪。

2. 已经生效的民事裁判原则上对刑事诉讼没有预决效力

生效的民事裁判，是对民事法律事实、法律关系、法律责任的确认，与刑事诉讼中对刑事犯罪事实、刑事法律关系、刑事责任的确认没有必然联系，二者适用的实体法、程序法规范、证明责任分配规则、证明标准等均不相同，原则上应分别独立进行。即使二者针对的是同一法律事实，由于民事诉讼的证明责任分配、证明标准与刑事诉讼大相径庭，其对案件事实的认定对其后进行的刑事诉讼并无当然的预决效力。刑事诉讼中由于有专门的侦查机关介入，查明案件事实的能力更强，对案件事实的证明标准更高，因而，完全可以根据查明的事实与证据，推翻民事诉讼对案件事实的认定。即使民事诉讼已作出了生效裁判，也不能据此否定启动刑事诉讼程序、进一步查明犯罪事实的必要性，刑事诉讼仍需要另行启动、继续进行。

3. 由此引起的刑、民裁判之间的冲突完全可以依法解决

对人民法院已经受理，或者已经作出生效裁判的案件，公安机关再行立案侦查，有可能导致刑、民裁判之间出现冲突。这种冲突往往并非裁判结论的冲突，因为刑事责任、民事责任的认定标准并不相同，二者各自独立，并行不悖。可能出现冲突的是在案件事实认定上，包括：先行作出的刑事裁判对案件事实的认定，与后来作出的民事裁判相冲突；或者先行作出的生效民事裁判对案件事实的认定，和后来作出的刑事裁判相冲突。第一种冲突，完全可以避免，因为先行作出的刑事裁判对案件事实的认定，原则上对此后的民事裁判具有预决效力，民事诉讼应当避免与之产生冲突；第二种冲突，是一种可以纠正的冲突，因为先行作出的生效民事裁判对案件事实的认定，已被后来作出的刑事裁判推翻，此种情形下，已生效的民事裁判应通过审判监督程序加以纠正，消除冲突。因此，以可能引起刑、民裁判之间的冲突为由，反对公安机关再行立案侦查，也是没有道理的。

(二)立法上予以明确

对此问题，公安部《规定》采取了回避态度，企图留给司法实践去“个案操作”，这反映出公安部对可能出现的插手经济纠纷的担忧，有其合理、必要的一面。但立法上的模糊不清，难免会给司法实践中带来混乱。因而，从长远计，对这一问题应尽快予以明确，以便各级公

安机关统一思想认识、规范执法行为。

立法上予以明确的基本思路是：一方面，尊重和体现公安机关立案侦查权的独立性。即便是针对同一法律事实，人民法院已经受理或者作出生效民事裁判的，只要符合刑事诉讼法规定的立案条件，公安机关就应当立案侦查；另一方面，为防止一些基层公安机关滥用立案侦查权，借此插手、干预经济纠纷，应对此种情形下的立案侦查权予以适当限制，交由上一级公安机关审查决定。

据此，笔者建议将公安部《规定》第 12 条修改为："需要立案侦查的案件与人民法院受理或作出生效判决、裁定的民事案件，属于同一法律事实，如符合下列条件之一的，公安机关应当立案侦查：(一)人民法院决定将案件移送公安机关或者撤销该判决、裁定的；(二)人民检察院依法通知公安机关立案的。不符合上述条件，但确需立案侦查的，可以在报请上一级公安机关审查批准后立案侦查。"同时，建议在有关立法或规范性文件中增加以下规定："人民法院经过复查后，仍然认为属于民商事纠纷案件，决定继续审理的，如果公安机关、检察机关确有证据证明该案涉嫌刑事犯罪、需要立案侦查的，也可在报请上一级公安机关、检察机关批准后立案侦查。"这样，既保障了公安机关、检察机关立案侦查权的独立行使，防止公安机关、检察机关不作为，放纵犯罪；又可以通过上下级之间的执法监督，防止一些公安机关、检察机关滥用立案侦查权，插手、干预经济纠纷。

二、刑、民诉讼并存时，刑、民诉讼的顺序安排，是"先刑后民"、"先民后刑"抑或"刑民并行"

自 20 世纪 80 年代以来，就刑民交叉案件的处理，最高人民法院、最高人民检察院、公安部先后单独或联合发布了一系列规范性文件。从这些文件的规定及司法实践看，在刑民交叉案件的程序安排上，存在着三种方式："先刑后民"、"刑民并行"和"先民后刑"。所谓"先刑后民"，是指应先审理刑事案件，待刑事诉讼终结后再审理民事案件。所谓"刑民并行"，是指对刑事案件的处理，与人民法院对民事案件的审理，同时进行、并行不悖，不存在谁先谁后的问题。所谓"先民后刑"，是指先由人民法院对民事案件进行审理，待民事诉讼审理结束后，再继续进行刑事诉讼。其中，前两种方式在有关规范性文件中有明确规定，最后一种方式则是司法实践中的实际做法。

对于诈骗犯罪与经济纠纷交叉的案件，在刑、民诉讼并存时，刑、

民诉讼的顺序该如何安排？是“先刑后民”、“先民后刑”抑或“刑民并行”？笔者认为，不能一概而论。较为合理的路径，是通过分析刑、民法律事实之间的相互关系，对刑民交叉案件进行类型化区分，对不同类型的刑民交叉案件分别适用不同的处理方式。对于刑民交叉案件的类型，学界一般根据刑、民法律事实之间的关系，将其划分为“法律事实竞合型”、“法律事实牵连型”两大类。对二者，应分别适用不同的处理原则。

(一)当诈骗犯罪与经济纠纷在法律事实上“竞合”时，原则上应实行“先刑后民”

所谓法律事实“竞合”，是指诈骗犯罪、经济纠纷系基于同一客观事实(即犯罪行为)而产生，二者出现了竞合。刑、民法律事实竞合，必然会导致刑、民法律关系交叉。即基于犯罪人的犯罪行为，既引起了犯罪人与国家之间的刑事法律关系，犯罪人应对国家承担刑事责任；也引起了犯罪人与被害人之间的民事法律关系，犯罪人应对其犯罪行为给被害人造成的物质损失承担赔偿责任。此类案件中，犯罪人既是刑事法律关系的主体，也是民事法律关系的主体；基于其同一犯罪行为，既要承担刑事责任，也要承担民事责任。实践中大量出现的刑事附带民事诉讼案件，就是此类案件的典型表现。

当诈骗犯罪与经济纠纷在法律事实上“竞合”时，由于刑、民事法律事实均基于“同一客观事实”而产生，二者完全重合。因而，相关案件事实的查明，对刑、民案件的处理均有关键性作用。由于在刑事诉讼中，有专门的侦查机关介入，取证能力较强，取证要求、证明标准也较高，因而，按“先刑后民”方式处理，往往有利于查清案件事实，也能避免民事诉讼在事实认定上出现错误或偏差。基于此，对法律事实“竞合”的刑民交叉案件，在程序选择上应实行“先刑后民”，原则上应待刑事诉讼审理终结后，再来审理附带民事诉讼或者单独提起的民事诉讼。

根据《刑事诉讼法》第 77 条规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。”《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 1 条规定：“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。”第 5 条规定：“犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。被追缴、退赔的情况，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法

院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。”上述由被害人提起的“附带民事诉讼”及“另行提起的民事诉讼”，在法律事实上，显然与诈骗犯罪“竞合”。此时，民事诉讼的正确处理有赖于刑事诉讼对案件事实的查明，因而原则上应按“先刑后民”顺序审理。

但是，有原则就有例外。如果出现了诈骗犯罪案件久侦不结，或者由于犯罪嫌疑人潜逃等原因导致刑事诉讼停滞时，能否打破“先刑后民”，允许被害人在刑事诉讼终结之前，通过先行提起民事诉讼的方式获得司法救济呢？笔者认为，这是可以考虑的。此时变通实行“先民后刑”，以及时弥补被害人所遭受的经济损失，解决生产、生活上出现的困难，会取得良好的社会效果。

（二）当诈骗犯罪与经济纠纷在法律事实上“牵连”时，原则上应实行“刑民并行”

所谓法律事实“牵连”，是指诈骗犯罪与经济纠纷在法律事实上并非完全重合，二者不是源自同一客观事实，而是仅在某个或某些构成要素上出现了交叉。这种刑、民法律事实的交叉，可能是行为主体、行为内容或行为对象的交叉。行为主体交叉，是指某人既是诈骗犯罪行为的作案人，同时也是另一民事行为的行为人；行为对象交叉，是指某人或某项财产既是诈骗犯罪行为的侵害对象，同时也是另一民事侵权行为的侵害对象；行为内容交叉，是指行为人的某项行为既是刑事法律事实的组成部分，也是民事法律事实的构成部分。法律事实存在“牵连”，是司法实践中刑民交叉案件的大多数。

当诈骗犯罪与经济纠纷在法律事实上仅存在“牵连”时，由于刑、民事法律事实并非基于“同一客观事实”产生，二者各自独立，因而在案件事实的查明上，一般不存在谁先谁后的问题。而且，由于刑事诉讼和民事诉讼分别审理两种不同性质的法律关系，所追究的也是两种不同性质的法律责任，因而，二者也不存在相互替代、孰轻孰重或孰先孰后的问题。基于这两点，笔者认为，凡属法律事实“牵连型”刑民交叉案件，原则上应实行“刑民并行”，即刑事、民事案件分案处理、并行不悖。

对“牵连型”刑民交叉案件应“分案处理”、“刑民并行”，已为多项司法解释所确认。例如，最高人民法院 1998 年 4 月颁布的《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 10 条规定：“人民法院在审理经济纠纷案件中，发现与本案有牵连，但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料，应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处，经济纠纷案件继续审理。”最高人

民法院2005年7月25日公布的《关于银行储蓄卡密码被泄露导致存款被他人骗取引起的储蓄合同纠纷应否作为民事案件受理问题的批复》规定："因银行储蓄卡密码被泄露，他人伪造银行储蓄卡骗取存款人银行存款，存款人依其与银行订立的储蓄合同提起民事诉讼的，人民法院应当依法受理。"最高人民法院2004年2月24日颁布的《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第74条规定："人民法院在审理票据纠纷案件时，发现与本案有牵连但不属同一法律关系的票据欺诈犯罪嫌疑线索的，应当及时将犯罪嫌疑线索提供给有关公安机关，但票据纠纷案件不应因此而中止审理。"公安部《规定》第12条也规定："需要立案侦查的案件与人民法院受理或作出生效判决、裁定的民事案件，如果不属同一法律事实，公安机关可以直接立案侦查，但不得以刑事立案为由要求人民法院裁定驳回起诉、中止审理或撤销判决、裁定。"

但原则之外仍有例外。既然刑、民案件在事实方面存有交叉、牵连，就有可能出现《民事诉讼法》第136条第1款第(五)项所规定的"一案的审理必须以另一案的审理结果为依据"的特定情形。包括：一案的审理须以另一案所查明的案件事实为依据，一案的审理须以另一案的认定结论为依据。此时，变通采用"先刑后民"、"先民后刑"等方式，则更有利于查明案件事实，有利于对案件作出正确处理。例如《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》第3条第2款规定："人民法院在受理存单纠纷案件后，如发现犯罪线索，应将犯罪线索及时书面告知公安或检察机关。如案件当事人因伪造、变造、虚开存单或涉嫌诈骗，有关国家机关已立案侦查，存单纠纷案件确须待刑事案件结案后才能审理的，人民法院应当中止审理。"此处所谓"存单纠纷案件确须待刑事案件结案后才能审理"，即是指存单纠纷中的某些重要事实与刑事犯罪事实有交叉，而其查明和证实又依赖于刑事诉讼，因而应中止民事诉讼，等待刑事诉讼审结。而在涉及确权之诉的经济犯罪案件中，如果当事人对知识产权、公司股权等相关财产的权属存有争议，而权属认定又对刑事案件影响甚大时，实行"先民后刑"，即先由专业的民事审判人员对知识产权的权属作出认定，再由侦查机关决定是否继续追诉，就更为稳妥。

三、刑、民诉讼并行时，二者可能出现的冲突如何协调解决

如前所述，刑民交叉案件大多是法律事实"牵连型"，其基本处理

方式应是“刑民并行”。但由于刑、民案件在许多要素上存在交叉，并存并行的刑事、民事诉讼必然会产生一些冲突，例如主体的冲突、涉案财物的冲突、证据冲突、裁判冲突等。如何协调这些冲突，是“刑民并行”必须加以解决的问题。下面，笔者从主体、涉案财物、证据、裁判等四个方面，对刑事、民事诉讼之间的冲突作一探讨。

(一)主体冲突

所谓主体冲突，是指诈骗犯罪案件中的犯罪嫌疑人、被告人，同时也是经济纠纷中的民事当事人。由于在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人可能被采取强制措施，被剥夺或限制人身自由。此时，被剥夺或者限制人身自由犯罪嫌疑人、被告人，如何参加正在进行的民事诉讼，就成为一大问题。

根据刑事诉讼法的规定，被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人，未经批准不得离开所在市、县；如需离开所在市、县，则必须报请执行机关(公安机关)和批准机关同意。被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人，如果要离开住所或指定的居所，或者会见他人，也必须报经执行机关(公安机关)和批准机关同意。因此，被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人，如果在本市、县范围内参加民事诉讼，不需要经过批准；如果到外市、县参加民事诉讼，必须报经批准。被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人要参加民事诉讼，一律要报经批准。如果批准机关或执行机关出于各种考虑，不同意或者不批准，犯罪嫌疑人、被告人就无法顺利参加民事诉讼，其权益就难以保障。

被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，由于关押在看守所，要顺利参加民事诉讼，就更为困难。司法机关出于安全、保密等考虑，一般不允许将羁押的犯罪嫌疑人、被告人提押出看守所。此时，犯罪嫌疑人、被告人作为民事诉讼当事人，不仅无法出庭，而且无法与律师沟通，其各项诉讼权利的行使均受到极大限制。

从司法实践看，解决该冲突的办法有三。

一是对类似民事案件不予受理。即以当事人(民事诉讼原告或被告)正在被剥夺或限制人身自由为理由，裁定不予受理。但这种做法日益遭到反对，理由是：即便是被剥夺或限制人身自由的犯罪嫌疑人、被告人，同样享有各种民事权利和诉权，其向人民法院提起民事诉讼，以维护其合法权益，不应加以限制；同理，现行立法也没有规定，对被剥夺或限制人身自由犯罪嫌疑人、被告人，原告就不得行使诉权，因而，其他人起诉犯罪嫌疑人、被告人，也不得加以限制。根据《民事诉讼法》第 108 条之规定，只要符合起诉条件，人民法院就应当受理。

笔者也赞同这种看法，依据上述关于刑民交叉案件“分案处理”的分析，此种情形下应按“刑民并存”、“分案处理”方式处理，应当受理民事案件。

二是按“先刑后民”方式处理。即法院在受理后，如查明民事诉讼当事人确因涉嫌刑事犯罪正被剥夺或限制人身自由，即按“先刑后民”处理，裁定中止民事诉讼，待刑事诉讼终结或者相关人员恢复人身自由后，再继续审理民事诉讼。这种做法在实践中较为普遍，对协调刑、民诉讼冲突也有明显作用。但其弊端也十分明显：如果刑事诉讼久拖不结，则民事诉讼必然遥遥无期。

三是按“刑民并行”方式处理。即民事诉讼照常进行，不必等待刑事诉讼终结或当事人恢复人身自由。在许多情况下，这种做法有其合理性：刑事诉讼法久拖不决，而原告的民事诉求又较为紧迫，此时如果一味中止民事诉讼，难免会损害原告的合法权益。而采用“刑民并行”，照常进行民事诉讼，显然对提起民事诉讼的原告有利，但此时如何保障被剥夺或限制人身自由的当事人参加民事诉讼、行使其诉讼权利，就成为一大难题。前面已指出，被羁押的犯罪嫌疑人、被告人要提押出看守所，可能性十分渺茫。而被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人要参加民事诉讼，往往也需要执行机关、批准机关同意。此时，实行“刑民并行”，就必须为犯罪嫌疑人、被告人行使民事诉讼权利提供必要便利。对此，笔者建议如下。

第一，对于被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，应允许其在民事诉讼中聘请的律师享有会见权。由于犯罪嫌疑人、被告人在押，司法机关一般不允许将其提押出看守所参加民事诉讼。因而，现实而可行的途径是：允许其聘请的民事诉讼律师享有会见权，由律师为其代行各种民事诉讼权利。但问题是，我国刑事诉讼法仅规定犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中聘请的律师享有会见权，而未允许其民事诉讼律师有权会见。这就需要在立法上作出调整，在一定条件下，允许犯罪嫌疑人、被告人与其聘请的民事诉讼律师会见，充分商谈、交流民事诉讼事宜。当然，为防止可能出现通风报信、串供而影响刑事诉讼，侦查阶段会见时，侦查机关仍可派员在场。但在刑事诉讼进入审查起诉、法庭审理阶段后，鉴于刑事诉讼律师的会见已完全放开，民事诉讼律师的会见更不必加以限制。

第二，对于被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人需要到外地参加民事诉讼的，或者被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人需要会见其民事诉讼律师、离开住所或指定的居所参加民事诉讼活动的，公安司法机关

应尽量给予方便，予以同意和批准。如果不予批准，也应准许与其聘请的民事诉讼律师充分接触，由律师为其代行各种诉讼权利，有效维护其合法权益。根据刑事诉讼法规定，被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见其刑事诉讼律师，不需要经过批准，依此逻辑，会见其聘请的民事诉讼律师，就更没有报请批准的必要。因此，无论对被取保候审或监视居住的犯罪嫌疑人、被告人，其会见其聘请的民事诉讼律师，均不应施加任何限制。

(二)涉案财物冲突

1. 刑、民诉讼中的查封、冻结、扣押

在刑事诉讼中，公安司法机关对涉案资产可以采取冻结、扣押等强制性措施。在民事诉讼中，人民法院对涉案财物也可以采取查封、冻结、扣押等保全措施。当二者针对同一财物时，就会出现冲突。首先，要明确的是，对涉案财物不能重复查封、冻结、扣押。其次，鉴于刑、民诉讼的平等性，在刑、民关系上，不应实行“刑事优先”，而只能遵循“在先原则”。即针对同一财物，如果人民法院在民事诉讼中先予查封、冻结、扣押，公安机关无权以“先刑后民”为由，要求人民法院解除或移交。同理，如果同一财物在刑事诉讼中已被查封、冻结、扣押，审理民事诉讼的人民法院也无权要求公安机关解除或移交。

2. 刑事诉讼中的追缴、退赔、没收、返还与民事诉讼执行

刑事诉讼中的追缴，即追赃，所用手段无非上述冻结、扣押等，其与民事诉讼保全措施的关系，如前所述。追缴之后的处理方式主要有两种：(1)对于违法所得、违禁品、用作犯罪工具的犯罪分子本人财物，应予没收；(2)对于被害人的合法财产，应予返还。应当说，上述两类财物，其性质或权属都十分明确而单纯，都不是犯罪嫌疑人、被告人的合法财产，与民事诉讼执行不会有明显冲突。即使出现重合，也可以予以协调。例如，如果被害人的合法财产已在刑事诉讼中被返还，则在其另行提起的民事诉讼中，被告不应再就已经返还的部分承担赔偿责任。

可能出现较多问题的是，犯罪嫌疑人、被告人自己的财产，如果在刑事诉讼中可能被没收或用于交纳罚金，在民事诉讼中又需要被强制执行以偿还债务、赔偿损失等，就出现了冲突。对此，我国刑法确立了“民事优先”的原则。《刑法》第 36 条规定：“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承

担对被害人的民事赔偿责任。”第 60 条规定：“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。”这体现了“民事优先”、“私权优先”的精神。

(三)证据冲突

对于特定的书证、物证，需在刑、民诉讼中同时作为证据使用的，公安司法机关应当相互给予协助，提供该证据的查封、扣押、冻结法律手续及复印件、复制品、照片等，以利于刑、民诉讼顺利进行。例如，如果文书、财物系刑事诉讼中的证据，但已被人民法院以民事诉讼保全措施查封、冻结、扣押的，公安机关可要求人民法院提供查封、冻结、扣押的法律手续及文书、财物的复印件、复制品或照片，以说明财物所在位置、具体数目、基本特征等。如果需要进行检验、鉴定的，也可以要求人民法院予以协助，到财物存放地或借回公安机关进行检验、鉴定。同理，对于公安机关在刑事诉讼中已冻结、扣押在案的文书、财物，如果人民法院在民事诉讼中需要作为证据使用的，也可以向公安机关调取，公安机关应当提供该证据的查封、冻结、扣押法律手续、复印件或者照片。

(四)裁判冲突

刑事、民事生效裁判之间可能出现的冲突，表现在两个方面：一是案件事实之认定；二是行为性质之认定。

1. 案件事实之认定

在案件事实认定上，前面已经指出，由于刑事诉讼中有专门侦查机关介入，查明案件事实真相的能力较强，且对案件事实的证明标准更高，因而，刑事诉讼裁判对案件事实的认定，对民事诉讼具有预决效力。相反，由于民事诉讼证明标准较低，其裁判对案件事实的认定，原则上对刑事诉讼没有预决效力。但需要特别指出的是，如果刑事诉讼作出了无罪判决，则需根据具体情况来判断其是否具有预决效力：如刑事裁判明确排除了犯罪行为系被告人所为，则此认定对民事诉讼具有预决效力；如果仅因证据不足而判决无罪，则该认定对民事诉讼没有预决效力。

通常来说，如果是“先刑后民”，刑事裁判在先，民事裁判在后，则上述冲突基本可以避免。问题主要出在“先民后刑”、“刑民并行”时，如果民事裁判在先，刑事裁判在后，二者出现了冲突，如何处理？笔者认为，在案件事实的查明和认定上，民事诉讼原则上应服从刑事诉讼，当二者冲突时，应通过审判监督程序对民事裁判予以纠正。审判监督程序的启动，可由人民法院依职权主动进行，也可由人民检察院以抗诉形式进行。

2. 行为性质之认定

与案件事实的认定不同，在行为性质认定上，刑、民裁判相互之间均有预决效力。首先，刑事诉讼对行为性质的认定，往往对民事诉讼有预决效力。例如，如果某行为在刑事诉讼中被认定为犯罪，则在民事诉讼中就必然构成违约或侵权。此即为刑事犯罪“阻却”民事行为合法。其次，民事诉讼对行为性质的认定，有时也会对刑事诉讼产生预决效力。如果民事诉讼认定某行为属完全合法，则该行为就不可能构成犯罪；换言之，在民商法上完全合法的行为，“阻却”犯罪成立。例如，民事诉讼认定某行为属善意取得，即意味着该行为合法，就不可能构成刑事犯罪。

当然，这里说的仅仅是行为的法律性质，而不是行为本身的查明和证实问题。如果是事实的查明和证实问题，则刑事诉讼裁判对民事诉讼具有预决效力。但在行为性质认定上，由于二者所依据的法律规范不同，刑事认定对民事诉讼就不具有当然的预决效力。同时，由于刑法对社会关系的调整是二次调整，其对行为性质的判断往往需要参照民事认定来进行，如果在民事上是合法的，则不应构成犯罪。这一原理，可用来解决刑、民性质模糊、难以界定的案件，即在无法判断某一行为是合法、非法，某一案件是刑事案件、民事案件时，应秉承刑法的谦抑性原则，实行“先民后刑”。先由民事诉讼对合法性问题作出判断，公安机关再据情决定是否立案侦查：如果民事上认定为合法，则刑事上就不可能构成犯罪，不应立案侦查；如果民事上属违法，则仍需根据刑法关于犯罪的具体规定及相关立案标准，来判断是否需要立案侦查。

单位犯罪司法解释研究

周振杰*

我国的刑法与刑法诉讼法，都是以自然人刑事责任为假想对象而制定的，并没有就单位犯罪及其程序作出专门的规定。为了解决实践中出现的问题，自1997年以来，最高人民法院、最高人民检察院及其他相关部门，或独自或联合，已经以各种形式就实体法问题公布了多件司法解释。这些司法解释虽然是针对具体问题，但是其中也体现出了司法机关对于关于单位犯罪基本问题的立场。本文的目的，就是对相关司法解释进行分析，并提出合理化建议。为此，本文，首先，对相关的司法解释进行了梳理；其次，以司法解释的规定为基础，就其中的某些基本立场进行了分析；最后，对司法解释中存在的问题进行了分析，并提出了初步的合理化建议。

一、现有司法解释梳理

(一)《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》

最高人民法院于1999年6月25日发布的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》(法释[1999]14号)主要是针对如何界定《刑法》第30条中的“公司、企业、事业”的范围的问题。该解释，第1条规定，《刑法》第30条规定的公司、企业、事业单位，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。同时，该解释第2条从反面，将个人为进行违法犯罪活动而设立，或者在设立后，以实施犯罪为主要活动的公司、企业、事业单位排除在“单位”的范围之外。最后，该解释特别指出，盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士。

(二)《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》

针对司法实践中"单位犯信用证诈骗罪案件中对其'直接负责的主管人员'和'其他直接责任人员'是否划分主从犯"的问题,最高人民法院于2000年9月30日公布的《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》(法释[2000]31号)明确指出,在审理单位故意犯罪案件时,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,可不区分主犯、从犯,按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

(三)《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》

严格而言,最高人民法院于2001年1月21日公布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(法[2001]8号)并非司法解释,因为根据最高人民法院1997年6月23日公布的《关于司法解释工作的若干规定》第9条,司法解释的形式分为"解释"、"规定"、"批复"三种,并不包括"会议纪要"。但是,鉴于上述会议纪要在司法实践中其实是发挥了司法解释的作用,所以,这里也将之作为司法解释予以介绍。

上述纪要主要针对如下四个问题进行了解释,第一,单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为应该如何处理的问题。根据该纪要,以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。

第二,是单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定与处罚问题。根据该纪要,直接负责的主管人员,是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员,一般是单位的主管负责人,包括法定代表人。其他直接责任人员,是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员,既可以是单位的经营管理人员,也可以是单位的职工,包括聘任、雇佣的人员。应当注意的是,在单位犯罪中,对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员,一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节,分别处以相应的刑罚,主管人员与直接责任人员,在个案中,不是当然的主、从犯关系,有的案件,主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的,可不分主、从犯。但具体案件可以分清主、从犯,且不分清主、从犯,在同一法定刑档

次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的，应当分清主、从犯，依法处罚。

第三，是对未作为单位犯罪起诉的单位犯罪案件应如何处理的问题。根据该纪要，对于应当认定为单位犯罪的案件，检察机关只作为自然人犯罪案件起诉的，人民法院应及时与检察机关协商，建议检察机关对犯罪单位补充起诉。如检察机关不补充起诉的，人民法院仍应依法审理，对被起诉的自然人根据指控的犯罪事实、证据及庭审查明的事实，依法按单位犯罪中的直接负责的主管人员或者其他直接责任人员追究刑事责任，并应引用刑罚分则关于单位犯罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员刑事责任的有关条款。

第四，是单位共同犯罪的问题，该纪要规定，两个以上单位以共同故意实施的犯罪，应根据各单位在共同犯罪中的地位、作用大小，确定犯罪单位。

(四)《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》

针对实践中发生的单位组织盗窃电力、供热的问题，[①] 最高人民检察院于 2002 年 7 月 8 日通过的《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》(高检发释字[2002]5 号)明确规定，单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为，情节严重的，应当依照《刑法》第 264 条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。也即，在单位组织的盗窃案件中，虽然不追究单位的刑事责任，但是可以追究直接责任人员的责任。

(五)《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》

与上述《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》具有相同法律性质的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(法[2003]167 号)主要就挪用公款案件中的单位犯罪行为进行了明确。根据该纪要，第一，经单位领导集体研究决定将公款给个人使用，或者单位负责人为了单位的利益，决定将公款给个人使用的，不以挪用公款罪定罪处罚。上述行为致使单位遭受重大损失，构成其他犯罪的，依照刑法的有关规定对责任人员定罪处罚。

第二，根据全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》的规定，“以个人名义将公款供其他单位使用的”、“个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益

---

① 张少林：《单位实施纯正自然人犯罪刑法处理新论》，载《东方法学》，2008(1)。

的”，属于挪用公款“归个人使用”。在司法实践中，对于将公款供其他单位使用的，认定是否属于“以个人名义”，不能只看形式，要从实质上把握。对于行为人逃避财务监管，或者与使用人约定以个人名义进行，或者借款、还款都以个人名义进行，将公款给其他单位使用的，应认定为“以个人名义”。“个人决定”既包括行为人在职权范围内决定，也包括超越职权范围决定。“谋取个人利益”，既包括行为人与使用人事先约定谋取个人利益实际尚未获取的情况，也包括虽未事先约定但实际已获取了个人利益的情况。其中的“个人利益”，既包括不正当利益，也包括正当利益；既包括财产性利益，也包括非财产性利益，但这种非财产性利益应当是具体的实际利益，如升学、就业等。

第三，国有单位领导利用职务上的便利指令具有法人资格的下级单位将公款供个人使用的，属于挪用公款行为，构成犯罪的，应以挪用公款罪定罪处罚。

(六)《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》

最高人民法院、最高人民检察院于2009年3月12日联合发布的《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》(法发[2009]13号)规定，单位犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案，如实交代单位犯罪事实的，或者单位直接负责的主管人员自动投案，如实交代单位犯罪事实的，应当认定为单位自首。单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实交代自己知道的犯罪事实的，可以视为自首；拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应当认定为自首。单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首。

二、司法解释中的基本立场

(一)关于“为单位谋利”的目的

在理论界，就“为单位谋利的目的”，有的观点认为，为单位谋取利益的目的是构成单位犯罪的必要要素，也是单位犯罪与自然人犯罪在主观要素上最大的区别，① 由此观点出发的结论是，单位犯罪仅包

① 沙君俊：《单位犯罪的定罪与量刑》，北京：人民法院出版社，2002，第84页。

括故意犯罪，因为上述目的仅可能存在于故意之中。[①] 与此相对，有的观点认为，构成单位犯罪未必一定要以为单位牟利为目的，存在以本单位的名义为本单位全体成员或多数成员谋取非法利益的目的即可，所以单位私分国有资产、私分罚没收入也是单位犯罪。[②] 与之相类似，还有的观点提出，在大多数单位犯罪中，要求单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员为了单位的利益，经集体决定或者领导人决定而实施行为，但是也应当看到，在一些单位犯罪中并无如此要求，如《刑法》第 135 条规定的重大劳动安全事故罪、第 338 条规定的重大环境污染事故罪，在这些犯罪中，危害结果的发生是由于该单位缺乏完善的安全制度，危害结果对单位本身的利益也是一种损害。[③] 因此，单位犯罪既包括故意犯罪也包括过失犯罪。

现有的司法解释的立场显然更接近"为单位谋利的目的"是单位犯罪必要构成要素的观点。例如，上述《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》特别指出，盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》也规定，经单位领导集体研究决定将公款给个人使用，或者单位负责人为了单位的利益，决定将公款给个人使用的，不以挪用公款罪定罪处罚。此处显然也是以"为单位谋利"与"为个人谋利"的目的作为了区分同一行为是否构成挪用公款罪的标准。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》也突出强调了利益归属的问题。根据该纪要，单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为应该如何处理的问题。根据该纪要，以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪。

上述司法机关的立场，也可以在立法解释中找到根据。全国人大常委会 2002 年 4 月通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第 384 条第 1 款的解释》也明确规定，有下列情形之一的，属于挪用公款"归个人使用"……(3) 个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。这里显然也是倾向于将"为单位谋取利益"作为单位犯罪的必要构成要素的立场。

(二)关于单位犯罪的主体

关于单位犯罪的主体，在理论界一直存在单一主体说与复数主体

---

① 赵秉志主编：《犯罪总论问题探索》，北京：法律出版社，2003，第 174 页。
② 张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2007，第 132 页。
③ 赵秉志：《外向刑法问题》，北京：北京大学出版社，2010，第 48～49 页。

说两种观点。前者认为，单位犯罪只是一个犯罪主体，自然人(包括单位内部对单位犯罪行为负责的主管人员和其他直接责任人员)不能成为单位犯罪主体；[①] 后者则认为，在单位犯罪的情况下，虽然只有一个犯罪，但存在两个犯罪主体，即单位和作为单位构成要素的主管人员与直接责任人员。更有的观点认为，单位犯罪存在着一个独特的双层机制：一层是表层犯罪者，以单位为主体；另一层是深层犯罪者，以单位代表及其有关主管人员和直接责任人员为主体，并认为单位犯罪的双层机制，为双罚制提供了理论基础。[②]

其实，就此问题，不但在学术研究中存在分歧，在司法解释中也有模糊之处。例如，上述《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》规定，单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实交代自己知道的犯罪事实的，可以视为自首(即单位自首效果及于个人)；拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应当认定为自首。单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首(个人自首的效果不能及于单位)。从“单位自首的效果可及于个人”来看，司法解释似乎采纳了一个犯罪主体的观点，但从“个人自首的效果不能及于单位”，似乎又将单位与个人的刑事责任割裂开来。

(三)关于单位犯罪的范围

总体而言，目前刑事立法的基本立场是将单位犯罪集中在了行政犯，尤其是经济犯罪的范围内。但是，随着实践中问题的增多，相关司法解释也体现出了不同的理解，例如上述《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》规定，单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为，情节严重的，应当依照《刑法》第 264 条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。从“为单位利益”、“直接责任人员”等用语来看，似乎可以认为，司法机关对于将单位犯罪的范围扩展至盗窃罪等自然犯并无强硬的抵抗意识。

(四)关于直接负责的主管人员和其他直接责任人员

关于如何区分单位犯罪案件中的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，在理论上一直存在争议。例如关于直接负责的主管人员，

---

① 陈兴良：《刑法适用总论》(上卷)，北京：法律出版社，2006，第 529 页。

② 杨春洗、丁泽芸：《试论单位犯罪的刑事责任》，载《国家检察官学院学报》，1998(1)：35。

有的观点认为，“指起到组织、指挥与决定作用的人员，”[1]有的观点认为，“应该作为直接负责的主管人员处罚的，指鼓励、纵容或者支持部下实施犯罪行为的上级管理人员，也包含组织、指挥或者决定实施犯罪行为的上级管理人员。”[2]从《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》“直接负责的主管人员，是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。其他直接责任人员，是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员”的规定来看，司法解释大致上是采纳了“以个人在企业犯罪中的作用为标准，划定了直接负责的主管人员与直接责任人的范围”的立场。

三、改进司法解释的若干建议

虽然在总体上，可以认为现行刑事立法对单位犯罪比较系统的立法。但是现行立法主要集中在刑法分则，总则中关于单位犯罪的第 30 条与第 31 条只是原则性的规定，而且对于在理论与实践中都有争议的“是否存在单位过失犯罪”的问题，无论是立法，还是司法都尚无明确的回答。因此，笔者建议司法机关以现行立法为基础，从刑事政策的要求出发，以明确性、可适用性为方向，对如下基础性问题作出有权解释。

(一)明确单位犯罪刑事责任的基础

从《刑法》第 31 条“单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚”这一规定来看，单位犯罪案件中的责任认定与处罚顺序应该是危害结果出现→认定单位责任→处罚单位→处罚个人。但是，现在，理论界与司法实践恰恰将这个顺序颠倒过来，不是先认定单位责任，而是首先认定个人责任，然后以个人责任为基础来确定单位责任，将“无单位责任则无个人责任”变为了“无个人责任则无单位责任”。

从传统的以个人责任为基础的刑事责任论出发，对于“无个人责任则无单位责任”的逻辑，确有可解释的余地。但是，单位刑事责任的出

---

[1] 黎宏：《论单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员》，载《法学评论》，2000(4)：68。

[2] 陈兴良：《刑法适用总论》，北京：法律出版社，1999，第 616～617 页。

现及其发展的动力，是通过处罚实现规制组织行为的刑事政策目的。所以，单位刑事责任论应该与特定社会阶段、特定时空背景下的单位的组织情况、运营方式以及单位规模相适应。所以在现代企业的规模越来越大、组织越来越复杂、运营方式也越来越分工精细的情况下，国外的企业刑事责任论在责任认定方面，才出现了从个人走向组织、从主观走向客观的发展趋势。也即，在以组织责任为基础的集合责任原则、组织责任原则以及文化责任原则之下，不再如在单位责任与等同原则之下那样，对企业进行刑事处罚在实践中都要经历从个人到组织的过程，在认定个人刑事责任之际，需要基于传统刑法理论，客观的构成要件与主观的构成要件缺一不可，而是将重点放在了组织责任方面，不再根据传统刑法理论进行的个人刑事责任判断，而代之以根据企业的组织规则、管理过程进行的组织责任判断；与此相适应，行为人的犯罪故意与过失等主观要素也不再对企业刑事责任产生影响，企业的守法状况以及内部管理活动等客观要素成为了判断企业刑事责任的主要依据。

从犯罪预防的角度而言，将单位刑事责任归结于个人行为或言个人责任，其实是将个人视为单位处罚的预防对象，而从预防、减少单位犯罪的角度而言，这可能并非恰当的选择。因为在单位犯罪中，尽管个人行为有时也非常重要，但原则上个人行为是组织制度与原则的体现，无论如何严厉处罚个人，对于企业本身难以产生有意义的影响，就如国外学者所言："即使对企业的官员进行谴责，将之辞退或者调离，企业仍然存在，导致犯罪的最主要因素仍然存在。所以，即使能够证明法律制裁对于企业官员个人具有威吓功能，也不能得出能够减少企业违法行为的结论。"[①]而且，将单位刑事责任建立在个人责任的基础上，还可能导致单位通过牺牲个人将犯罪成本外部化的结果。因此，从预防单位犯罪这一刑事政策目的出发，应该将单位刑事责任的基础建立于单位本身的组织制度、业务活动而非个人责任之上。

所以，为适应现代企业的组织与管理状况，实现单位刑事责任的政策目的，司法解释需要以现有立法为基础，改变现在司法实践中的从"个人责任到单位责任"，代之以着眼于组织责任的从"单位责任到个人责任"的责任认定逻辑。

---

① Charles A. Moore (2009): Taming the Giant Corporation? Some Cautionary Remarks on the Deterrability of Corporate Crime, in Hazel Croll (eds.), *Corporate Crime* (*Vol*. 3), London: SAGE Publications Ltd, p167-168.

(二)明确"为单位谋利"而实施个人犯罪的处理

现行刑法是通过列举的方式，对单位犯罪的范围进行了规定。所以，对于实践中经常发生的由单位组织、实施的单位犯罪之外的违法行为应如何处理，是司法机关所面临的亟须解决的问题。从现有的司法解释来看，司法机关是倾向于在由单位组织实施，而且为单位谋利的个人犯罪中，对所涉个人进行处罚。例如，最高人民检察院在《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》中明确规定，单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为，情节严重的，应当依照《刑法》第 264 条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。

司法机关的上述立场，在一定程度缓解了实践中的压力，却未有效地解决所有问题。虽然从根本上解决问题，最好的方式就是通过立法将单位犯罪的范围扩大到包括盗窃等自然犯在内所有犯罪，但是这显然超过了司法机关的职权范围。然而，就此问题，司法解释在如下两个方面可以有所作为：第一，就如同上述《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》所规定的一样，可以通过司法解释明确，在所有由单位组织实施，而且为单位谋利的个人犯罪中，对直接责任人员与对明知相关违法行为且能够支配直接责任人员的主管人员进行处罚，以免在出现新的案件时，还需要重新通过司法解释；第二，明确此类案件中的民事责任的承担主体。根据现行刑法与刑事诉讼法规定，在刑事案件案中，民事责任的承担主体是犯罪人，在由单位组织实施，而且为单位谋利的个人犯罪中，仅追究所涉个人的刑事责任，就意味着应该由个人被告承担因犯罪行为而导致的民事责任。但是，这从常理上而言是不公平的，而且在中国现有的权利保护机制下，单位成员在被组织、指派或者命令实施特定违法行为之际，也很难使其具有期待合法行为的可能性。更重要的是，如果确定由个人承担民事责任，对于实际获益的单位而言，无疑是一种变相的鼓励与纵容。因此，司法解释应该明确，虽然在由单位组织实施，而且为单位谋利的个人犯罪中，仅追究所涉个人的刑事责任，但是基于单位在其中所承担监督、管理责任，以及实际获益的事实，由单位与个人承担连带的民事责任。

(三)明确"直接负责的主管人员"与"其他直接责任人员"的具体区分标准

"直接负责的主管人员"与"其他直接责任人员"的确定与区分是单位刑事责任论的核心问题之一。虽然如上所述，《全国法院审理金融犯

罪案件工作座谈会纪要》以个人在企业犯罪中的作用为标准，大致对直接负责的主管人员与直接责任人的区别与范围进行了规定，但是，在理论界已经有观点指出，“该纪要不当地限制了直接主管人员的范围，并没有提供完全明确的标准。”①从“其他直接责任人员，是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员”等表述来看，该纪要确实存在不明确的缺点。那么，如何为直接负责的主管人员与直接责任人的区别与范围确定一个明确、可适用的标准呢？

在此首先要明确的是，“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”承担刑事责任的基础是不同。“其他直接责任人员”承担刑事责任，是因为直接参与了实施犯罪构成要件的行为，而“直接负责的主管人员”承担刑事责任，是因为所具有的职责与犯罪的实施之间具有因果关系，也即直接负责的主管人员负有监督其他责任人员，保证其依法行为的义务。从上述理论出发，此处建议以日本刑法理论中的正犯理论为确定“其他直接责任人员”，而以监督过失为确定“直接负责的主管人员”的标准。

正犯，包括直接支配犯罪实行行为者(直接正犯)，通过支配他人的行为实现构成要件事实者(间接正犯)，与在共同实施行为过程中处于支配地位者(共同正犯)。目前，关于间接正犯的理论依据，主要存在工具说与行为支配说。工具说认为，被利用者与手枪、棍棒等一样，不过是利用者的工具而已。工具说的主要缺陷在于，无法解释在被利用者也存在故意行为的情形。所以，相比较而言，行为支配说更为合理，即认为在间接正犯的场合，利用者支配了被利用者的行为。②

以上述正犯理论为基础，可以认为单位犯罪中的“其他直接责任人员”主要包括以下两类人员：(1)直接负责实施犯罪构成要件行为的人员，无论是单位的正式职工，还是聘任、雇佣的人员；(2)对于犯罪构成要件行为的实施，起到支配、控制的人员，包括命令、授权、指示、指挥具体行为人实施犯罪的人员。

在日本的法人刑事责任论中，监督过失，指法人关于监督他人不实施危险行为义务方面的过失。在监督过失的场合，法人处于监督导

---

① 王良顺：《论单位犯罪中直接责任与直接责任人员的认定》，载《法商研究》，2007(2)：25。

② 关于正犯理论的现状与争议，详细参见[日]西田典之、山口厚、佐伯仁志编：《刑法的争点》，东京：有斐阁，2007，第94页。

致法益侵害的直接行为人的地位，如果法人雇员导致了法益侵害，则可以推定法人未能尽到监督责任，存在可以处罚的过失。因为在法人与法益侵害结果之间存在直接行为的介入，所以监督过失又被称为“间接防止型过失”。[①] 以监督过失理论为基础，可以认为我国刑法中的“直接负责的主管人员”包括：其一，对于特定犯罪行为的实施具有预防义务，且明知在其职责的管辖范围内，有人可能已经在实施犯罪行为，而故意视而不见的人员；其二，对于特定犯罪行为的实施具有预防义务，明知在其职责管辖的范围之内，可能发生某种违法行为，但不采取任何有效措施，预防可能发生的犯罪行为，而导致犯罪行为发生的人员。

简而言之，“直接负责的主管人员”就是虽然没有直接参与实施犯罪，但是对于犯罪的预防具有义务的人员，而“其他直接责任人员”就是直接或者间接实施犯罪构成要件行为的人员。以正犯理论与监督过失为标准确定“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”范围的方法，与司法解释的立场相比，更为宽泛一些。此外，上述标准是在不同的责任基础上，划分“直接负责的主管人员”与“其他直接责任人员”，而且采纳了犯罪构成要件行为这一确定标尺，所以与司法解释相比，更具有明确性与可适用性。

(四)明确“为单位谋利”的目的的刑法地位

就“为单位谋利”的目的，我们需要回答两个问题：第一，该目的是否单位故意犯罪的必要构成要件要素？[②] 第二，该目的是否构成单位犯罪案件中对个人减轻处罚的减轻情节？

就第一个问题，如上所述，在理论界一直存在争议。虽然最高人民法院公布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》、《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》与全国人大常委会公布的《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》都强调了单位犯罪中“为单位谋利”的目的，但需要指出的是，上述三个解释性文件，都是针对某一类、某一个罪名的，而且其所针对的具体犯罪都是故意犯罪。所以，可以说，对于单位故意犯罪而言，现有刑法解释是倾向于将“为单位谋利”的目的作为单位故意犯罪必要构成要件要素这一立

---

① [日]山口厚：《刑法总论》，东京：有斐阁，2001，第208页。

② 这里仅提及单位故意犯罪，是因为在单位过失犯罪中，并不存在此目的，而且立法上，如《刑法》第135条规定的重大劳动安全事故罪、第338条规定的重大环境污染事故罪也没有如此要求。

场。但是，因从现行刑法典的规定出发，"为单位谋利的目的"是否应该成为单位故意犯罪主观方面的必要构成要件要素应该还有商榷的余地。例如，《刑法》第 327 条规定的私赠文物藏品罪,① 对于作为赠送方的单位本身而言，只有损失，毫无获利。

就第二个问题，立法与司法显然都是将"为单位谋利"的目的作为了减轻情节。在立法层面上，在为直接主管人员与直接责任人员规定单独处罚的条文中，刑罚的力度都轻于自然人犯罪中的处罚。例如，根据 1997 年《刑法》第 180 条第 1 款的规定，在自然人实施该条规定的内幕交易罪的案件中，对被告人"情节严重的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。"第 2 款继而规定，"单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。"在司法层面上，审判机关通常也是将该目的作为具体案件中的减轻情节。

从上述可以看出，关于"为单位谋利"的目的，在目前存在既将之作为构成要件要素，又将之作为减轻处罚情节的情况，而从在同一案件中，同一情节不能重复适用的量刑原则出发，这显然是不恰当的，而且对于单位犯罪而言，过于宽容，不利于实现单位处罚的政策目的，所以，司法机关需要通过司法解释，明确"为单位谋利"的目的，是否单位故意犯罪的必要构成要件要素。如果认为"是"，则应同时明确，该目的不构成量刑阶段的减轻情节。

① 该条规定：违反文物保护法规，国有博物馆、图书馆等单位将国家保护的文物藏品出售或者私自送给非国有单位或者个人的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

诈骗国家机关行为的立法重构

李克勤[*]　王忠明[**]

当今社会，各种各样的诈骗层出不穷，不仅在诈骗形式上花样翻新，而且在诈骗对象方面也越来越大胆，一向体现国家威严的政府机关、司法部门也屡屡被诈骗分子利用，深受其害。可以说，在利益的诱惑之下，在诚信的缺失之下，在道德的沦丧之下，在法律的无力之下，诈骗国家机关的案件，已然呈现出某种泛滥之态，而有必要引起我们的重视，进而思考应对之策。笔者即就诈骗国家机关行为之立法完善略表浅见，以期抛砖引玉。

一、国家机关可能被骗之证明

有些人认为国家机关不可能被骗，有的人不愿承认国家机关会被骗，故有必要在此略加证明：国家机关可能被骗。

首先，从理论上说，国家机关属于机关法人，作为法人之一种，可以被骗。机关法人即依法享有国家赋予的权力，以国家预算作为活动经费，因行使职权的需要而享有民事权利能力和民事行为能力的各级国家机关。其法律特征为：(1)主要从事国家行政管理活动、司法活动；(2)成立方式为宪法法律规定；(3)经费由国家预算拨给；(4)不从事商业经营。既然是法人，自有其意志，而且其意志主要是由其决策机构，通过民主集中制、首长负责制以及合议制等方式达成，经特定程序以正式公文等形式表现出来的。归根结底，国家机关的意志仍然是通过在其中工作的人来实现的，尤以长官意志影响较大。而人非圣贤孰能无过、智者千虑必有一失等人类生活的经验告诉我们，即便是圣人也会出差错，即便是多数人的意志，也可能因真理掌握在少数人手中而被蒙蔽。并且，由于有关规章制度的缺陷，也难保不会有人利用相关漏洞，利用公权力谋取利益。所以，国家机关在行使其职权过

* 浙江省金华市人民检察院副检察长。

** 浙江省义乌市人民检察院办公室职员。

程中，或者在参与民事活动过程中，不管是社会领域还是经济领域，受相对人或其他主体欺骗而陷入错误认识，从而作出错误决定的情况，并不能完全避免，而且还有国家工作人员与相对人相互串通以损害国家机关利益的场合，都可以证明，国家机关可能被骗。

其次，国家立法中，也承认国家机关可能被骗。在民事法中，《民法通则》第 58 条规定，一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为无效。此处并未排除国家机关为被害一方。在行政法中，《行政许可法》第 69 条有规定，被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，应当予以撤销。至于在具体行政法规规章中，则出现更多，如国家烟草专卖局《烟草专卖许可证管理办法》第 47 条规定，公民、法人或者其他组织以欺骗、贿赂等不正当手段取得烟草专卖许可证的，烟草专卖行政主管部门应当予以撤销并收回烟草专卖许可证。在刑事法中，我国《刑法》也对诈骗国家机关的行为规定有若干罪名。如第 158 条的虚报注册资本罪，即是采取欺诈手段虚报注册资本骗取公司登记，在此，作为国家机关的工商行政管理部门成为被骗对象。又如骗购外汇罪，被骗的是海关、外汇管理部门；逃税罪，以虚假手段不缴或少缴税款，被骗的是税务部门，类似的还有骗取出口退税罪；还有骗取出境证件罪，被骗的是外事部门。此外贪污罪包含了国家工作人员骗取公共财物的行为，诈骗罪则概括地包括诈骗公私财物行为。可以说，立法者对于诈骗国家机关行为的规制，已作了相当程度的考虑。

最后，实际生活中，国家机关被骗的事例也屡屡发生。偷逃税款的广泛性自不用说，法不责众到立法为之让步的程度，《刑法修正案（七）》明确规定了逃税初犯不予刑事追究，显然有避免打击面过大之考虑。与之相类似的还有逃费案，影响比较大的如“天价过路费案”，被告人时某被认定用假军车牌偷逃 368 万过路费，以诈骗罪被判无期徒刑，引发轩然大波。实际上类似的逃费案各地均有。近年来由于房地产市场的火热，骗取政府土地之事也时有发生。如“金鹰国际集团”合同诈骗案，以郑泽（又名王细牛）为首的一干人冒充港商身份，骗取宁夏回族自治区政府和内蒙古自治区呼和浩特市政府两地土地使用权，造成极大损失。[①] 还有冒充上级官员对基层政府机关行骗的情况，如刘洋诈骗案，诈骗分子打电话自称“省环保局副局长”，要求地方政府

---

① 《疑犯跨省诈骗政府土地被判无期》，载《长江商报》，2008-09-15。

部门购买“奥运宣传册”，以此得手十余万元。[①] 事实上当前争议比较大并且比较典型的两类诈骗国家机关案件，同时也是高发案件，实属骗取社会福利案与诉讼诈骗案。在征地、拆迁、低保、安居等凡有政府资金支出的地方，均有欺骗行为。如有报道，河南驻马店市驿城区一街道办事处 9 名干部编造材料骗取低保金，还租破房对付检查。[②] 至于诉讼诈骗类案件，更呈愈演愈烈之势，极大地侵害了司法公信力。如据浙江省检察院统计，仅 2006 年至 2010 年 8 月底，全省检察机关发现并最终进入刑事诉讼环节的虚假诉讼犯罪案件达 86 件 104 人。[③] 可见，不管承认不承认，诈骗国家机关行为过去有发生，现在在发生，将来仍会发生。

二、诈骗国家机关行为侵害的法益

法益，是指根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益，包括个人的生命、身体、自由、名誉、财产等利益，以及建立在保护个人的利益基础之上因而可以还原为个人利益的国家利益与社会利益。[④] 在刑法上，法益与犯罪客体相当。诈骗国家机关行为，表现形式众多，侵害的法益也相当复杂，虽然一切的侵害归根结底是对社会中每一个人的侵害，然而不同行为直接侵害的法益仍然是有所区别的，笔者分类概述如下。

（一）仅侵害国家利益的情况

国家利益，包括宏观的、概括的国家利益和具体国家机关的利益，可进一步分为国家机关的职能活动、国家财产权（公共财产权）、公务活动的廉洁性以及国家机关信誉四类。比如骗取公款的贪污罪，侵害的法益即有公务活动的廉洁性以及公共财产权。又如骗取出境证件罪，侵犯的我国正常的国（边）境管理秩序，还有护照、签证等出境证件管理机关的正常管理活动。还有《刑法》目前未作出规制而实际生活中存在的骗取国家机关公文、证件的行为，侵害的是国家机关的职能活动及其信誉。

---

① 李辉：《“政府部门被骗”透出的三种怪象 应该引起反思》，载《工人日报》，2009-02-13。

② 《官员租破房骗低保是官场“行为艺术”丑剧》，载人民网，2011-07-11。

③ 范跃红、徐会、西检：《虚假诉讼愈演愈烈 浙江打防出重拳》，载《检察日报》，2010-09-21。

④ 张明楷：《刑法学》（第 3 版），北京：法律出版社，2007，第 86 页。

(二)兼侵害国家利益与社会利益的情况

社会利益，一般是指一定时空范围内的社会大多数成员在一定社会物质生活条件下，基于一定社会目标而对诸种社会要素和社会状态的共同需要所体现的利益形态。诈骗国家机关行为中，《刑法》已作规定的，如虚报注册资本的，同时侵害了国家机关的职能活动与公司管理秩序，骗购外汇罪亦兼侵害了国家机关的活动与金融管理秩序，偷税罪则兼侵害了国家税收征管与市场经济公平竞争秩序，等等。《刑法》未作规定的，如骗取行政许可的一些行为，也侵害了国家机关的活动与社会秩序，比如以欺骗手段取得驾照，极可能成为“马路杀手”；又如骗取社会福利的，侵害的是国家的福利制度和社会不特定弱势群体的利益；还有高考移民，也是对国家的欺骗，侵害国家的考试制度和社会公平。

(三)兼侵害国家利益与个人利益的情况

也即诈骗国家机关的同时，还有具体的被害人。个人权益主要包括人身权与财产权。侵犯人身权方面，《刑法》有规定的是诬告陷害罪，欺骗国家机关，妨害司法机关的正常活动的同时，也侵犯了他人的人身权利。而侵犯财产权方面，最为典型就是诉讼诈骗。诉讼诈骗的一般定义是，利用诉讼活动规则，通过伪造证据，编造虚假事实，隐瞒真相，骗取法院错误判决，以此获取不正当利益。其一方面侵犯了审判机关的正常审判活动；另一方面也侵犯了公私财产权。虽然一些被害人可以通过上诉、申诉、抗诉等救济程序获得救济，但其因之而受的诉累却是必定存在了。

上述分类是相对的，事实上，一切诈骗国家机关的行为，都可以说同时侵害了国家利益、社会利益以及个人利益。

三、诈骗国家机关行为之入罪和独立成罪必要性

(一)当前刑法对诈骗国家机关行为规制之不足

由于国家机关的职能活动涉及社会生活的方方面面，因此诈骗国家机关的行为也涉及方方面面，但目前我国的《刑法》显然还是比较克制的，对诈骗国家机关行为的规制可以归纳为以下几种情况。

1. 少数几种诈骗国家机关行为单独规定为犯罪

前文已有列举，如偷税罪、骗取出口退税罪、骗取出境证件罪、虚报注册资本罪等。

2. 部分诈骗国家机关行为纳入普通诈骗罪评价

当国家机关以平等民事主体参与经济活动的情况，比如政府采购时，对其实行诈骗可以作普通诈骗论。司法实践中一些地方对一些比较有争议的诈骗国家机关案件，也作普通诈骗罪处理。

3. 以手段行为定罪

典型的如诉讼诈骗，主要依据是最高人民检察院法律政策研究室2002年10月14日发布的《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律的答复》：以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动，可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照《刑法》第280条第二款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的应当依照《刑法》第307条第一款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。

4. 作无罪处理，仅进行行政处罚或者无能为力

比如对骗取行政许可的，骗取社会福利的，一般都只是由行政法律或法规规定撤销资格，几年内不得再申请。一些法律未明确规定的诈骗国家机关行为，又不敢定诈骗罪，只能不了了之。

由上可见，不同的诈骗国家机关行为，作了不同的处理，但是，这种处理，除了造成处罚上的漏洞之外，并没有特别充分的理由。事实上，任何一种诈骗国家机关的行为，如前文所论，都构成了对法益的侵害，当情节足够严重、危害性足够大时，都应以刑事手段予以制裁。虽然国家机关的被骗，其自身也有不同程度的过错，制度也存在一定的漏洞，但这些都不能成为诈骗分子不能用刑罚加以规制的理由。从刑罚体系上来说，很难解释，为什么骗取出境证件的行为可以入罪，伪造、编造国家机关公文、证件的可以入罪，而骗取一般国家机关公文、证件的行为不予入罪。同样，为什么虚报注册资本骗取公司登记的可以入罪，而骗取其他行政许可、特许经营的行为却可以不入罪？为什么仅侵害公私财产权的普通诈骗可以最高刑至无期徒刑，而同时侵害财产权和国家机关活动的诉讼诈骗只能依其手段定妨害司法犯罪，至多处七年有期徒刑？罪刑体系的失当，除了造成适用上的空白和混乱，更严重的是引发了更多的犯罪行为，导致社会秩序的失范。近代刑法学鼻祖贝卡里亚早就指出，“如果对使社会遭受到不同损害的两种

罪判处了相同的刑罚。那就会没有一种阻止人们去犯较重大的罪的动因，因为犯较重大的罪是更有利的。”①同理，如果对危害性相当的行为作了轻重不同的规制，那也会无法阻止人们去实施处罚较轻的那种行为。

(二)诈骗国家机关行为独立成罪之必要

首先，“口袋罪”的分解是立法的大势所趋。“口袋罪”是对一些能够容纳许多种犯罪行为的罪名的形象称谓，比如过去的流氓罪即属此类。随着社会关系的越来越复杂，刑法必然要随之作适度的扩张，“口袋罪”的分解也是应有之义。从1979年《刑法》不到200个条文130多种罪名，到1997年《刑法》增加为452条400多种罪名，中间伴随着大量“口袋罪”的分解。这其中，诈骗罪经历了第一次大规模分解，多种金融诈骗罪如保险诈骗、信用卡诈骗等以及合同诈骗罪从诈骗罪中分离出来。当时是适应培育市场经济的宏观形势，出于保护正在形成中的市场的需要，对侵犯市场秩序的诈骗行为予以突出打击。从1997年至今也已二十多年，经济、社会得到了很大发展，相伴而生的还有形形色色诈骗行为的大量增多。而各类诈骗国家行为的猖獗，迫使我们必须考虑对诈骗罪进行二度分解，以适应形势需要。

其次，诈骗国家机关行为各自独立成罪，更有利于准确评价各种行为，做到罪刑相适应。前已论及，诈骗国家机关的行为，不少侵害的都是多重法益(复杂客体)，两种以上的客体在立法考量中、在具体案件中均有主次之分，不能等量齐观。立法者应根据主要客体把它列入有关的某一类犯罪中，如骗取社会福利的可列入妨害社会管理秩序罪中。并且，各种行为的危害性大小有别，起刑点、量刑档次等方面均应作对应规定。比如骗取国家机关公文、证件的，危害性基本与伪造、编造、买卖国家机关公文、证件相当，或者更轻，因国家机关作为被害人有过错。而骗逃各项政府规费的，虽然性质与逃税相类，但其侵害的客体主要是有关国家机关的活动及其财产，且有惩罚性规费在内，故社会危害性比逃税罪还低，更不用说普通诈骗罪了。由此可见“天价过路费案”以诈骗罪判无期徒刑，显然是过重了，已然超出了民众所能接受的范围。因《刑法》未针对逃费单独立罪，现该案估计会以其手段行为伪造武装部队专用标志定罪。所以偷逃规费的，很有必要单独设一罪。更典型的是诉讼诈骗行为，多数的观点都认为，诉讼

---

① [意]切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：北京大学出版社，2008，第19页。

诈骗较之普通诈骗，其危害性有过之而无不及，仅仅以其手段行为定罪远不能达到罪刑相当，不足以对犯罪分子产生足够的威慑力。

最后，诈骗国家机关行为独立成罪，有利于弥补刑罚漏洞，方便刑法适用，构筑相对完善的罪刑体系。面对立法漏洞，一方面在理论上产生各种争议，另一方面更是在司法实践中产生困惑和混乱，由此导致同罪异罚、罪刑不相适应，将极大地损害司法公信力。比如骗取社会福利的行为，特别是骗取保障房之类的，其案值相当大，动辄几十万，若依诈骗罪论，刑期可达十年以上乃至无期，但若认为法律未明确规定，则只能作无罪处理，两种处理方式，简直天壤之别。所以，如果在立法上加以明确，则可消弭争论，不致让司法人员再感到无所适从。而更为深远的意义则是，通过完善罪刑体系，朝着法治社会的方向再迈进一大步。

四、诈骗国家机关犯罪立法重构之设计

如何将诈骗国家机关的行为纳入刑法，进行科学的立法设计，这是一个重大命题，笔者不揣浅薄，暂提出如下设想。

1. 增设逃费罪

设置在《刑法》分则第三章第六节，并将该节“危害税收征管罪”之总名改为“危害税费征收罪”。罪状表述为：采取欺骗、隐瞒手段逃避缴纳政府规费，数额较大的，处三年以下有期徒刑或拘役；数额巨大或有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，可以并处罚金。至于是否并处罚金，视有关规费是否已含惩罚性数额而论。起刑点可参考逃税罪或者比逃税罪更高。相关的还有暴力抗拒缴费的行为，目前司法实践中多以寻衅滋事罪追究①，亦属不妥，可增设抗拒缴费罪。

2. 修改《刑法》第 280 条

将骗取国家机关公文、证件、印章的行为纳入刑法，这只需在《刑法》第 280 条第一款“伪造、变造、买卖”之后加上“骗取”两字即可。

3. 增设骗取行政许可罪

行政许可涉及社会生活的方方面面，根据《行政许可法》第 12 条，可以设定行政许可的事项有：(1)直接涉及国家安全、公共安全、经济

① 如有报道，2006 年以来，位于沪、苏交界的沪嘉浏高速公路嘉西、朱桥收费站屡屡遭遇车辆的“闯关逃费”，被上海市嘉定区人民检察院以寻衅滋事罪提起公诉。《高速收费站何以屡屡遭遇“闯关逃费”》，载人民网，2006-05-19。

宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全的特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；(2)有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等需要赋予特定权利的事项；(3)提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项；(4)直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项；(5)企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项；(6)法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。对上述事项骗取行政许可，除了企业设立骗取登记的行为部分可纳入虚报注册资本罪外，其余均未有在《刑法》中有明确体现。如果按事项进行细分，可增设骗取普通许可罪、骗取特许罪、骗取资质资格罪等数罪，但一下子增加这么多罪恐区分过细，不易让人接受，故可暂以统一的“骗取行政许可罪”纳入《刑法》分则第六章“妨害社会管理秩序罪”下的第一节“扰乱公共秩序罪”之中。其罪状可表述为：以欺骗、隐瞒手段骗取行政许可，非法获利数额较大，或有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

4. 增设骗取国有土地使用权罪

鉴于国有土地属于政府手中的重大资源，土地问题比较特殊，影响面大，故有必要单独规定一罪，并可与渎职犯罪中的非法低价出让国有土地使用权罪形成一定程度的对合关系。罪状表述为：以欺骗、隐瞒手段骗取国有土地使用权，情节严重的，处三年以下有期徒刑或拘役；致使国家利益遭受重大损失的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成特别重大损失的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

5. 增设考试舞弊罪

针对当前各类国家组织的重大考试中产生的欺骗行为，如高考招生考试中有高考移民、更改民族、伪造特长虚假加分等，甚至已形成了一种产业链，严重影响考试秩序和社会公平，危害性极大，故亦有必要针对此类行为专门规定一罪。罪状表述为：在国家组织的重大考试中，以欺骗、隐瞒手段，骗取国家政策优惠或作弊，情节严重的，处三年以下有期徒刑或拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

6. 增设骗取社会福利罪

当前骗取社会福利行为的泛滥，极大地冲抵了政府惠民政策的效用，使政府劳而无功，使贫富差距进一步加剧，使弱势群体怨气进一步上升，故一直以来不乏有人提出将其单独立罪。这方面香港的做法可供借鉴。有报道香港前高等法院大法官李栢俭夫妇于 2003 年至 2004 年间隐瞒其近 200 万港元的资产，以生活困难为由向香港特区政府骗取了近 10 万港元的综合援助及一套公屋，结果以诈骗香港公共福利罪入狱。① 鉴于此种行为实际上属从本应受到救助的弱势群体手中夺取财物，恶性极大，若不予以严惩，其“破窗效应”导致的后果尤其严重，故笔者将其罪状表述为：以欺骗、隐瞒手段，骗取国家的社会福利、政策优惠、救济款物，情节严重的，处五年以下有期徒刑或拘役；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金。

7. 增设骗取法院错误判决罪

对于诉讼诈骗行为，多数的观点认为应单独规定为“诉讼诈骗罪”或“诉讼欺诈罪”②，笔者认为，诉讼诈骗、诉讼欺诈只是对一种行为的粗略描述，直接作为法律的罪名尚不够严谨。而用“骗取法院错误判决”罪名，则较为贴切地反映了该行为的实质，且又与其他诈骗国家机关行为相协调。并且，骗取判决，可想而知并不限于民事诉讼，实际上在行政诉讼乃至刑事诉讼中，法院都可能被骗导致错误判决。事实上，一些诉讼诈骗行为，若伎俩不高明，法院能马上识破，或者被诉讼相对方能马上揭穿，则危害尚未造成，以其手段行为如妨害作证制裁即足，情节轻的可不予刑事制裁。只有当法院因为诉讼当事人、参与人的行为限于错误认识，或囿于证据规则，作出了错误的判决，诉讼诈骗行为才现实地造成对司法机关的正常活动的侵害，但此时对公私财产权的侵害则尚不确定，因受害方可上诉、申诉寻求救济，故该罪对司法活动的侵害属必然，而对公诉财产权的侵害则不一定，应将其放在《刑法》分则第六章第二节“妨害司法罪”中。尽管如此，笔者并不认为诉讼诈骗侵害的主要客体恒为司法机关的活动，若行为人通过法院判决，执行到了被害人数额巨大的财产，或者引发被害人自杀之类的严重后果，则其对公私财产权、人身权的侵害已上升到第一位，这一点应该在立法中予以体现。笔者仿效非法拘禁致人重伤以上转化

---

① 《香港前高院大法官骗取公共福利被骗入狱》，载东方网，2007-01-29。

② 黄钢亮、谢由南、王祖红：《诉讼欺诈行为的刑法规制》，载《浙江检察》，2007(5)；陈琦：《诉讼欺诈之定性及处理》，载《浙江检察》，2008(9)。

为故意伤害罪的规定，将“骗取法院错误判决罪”罪状表述如下：以欺骗、隐瞒手段，进行诉讼活动，骗取法院错误判决的，处三年以下有期徒刑或拘役；错误判决未得到及时纠正以致产生严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑；造成特别严重后果的，处十年以上有期徒刑或无期徒刑。利用诉讼一方缺席判决不知情而骗取财物的，或诉讼双方通过诉讼串通骗取第三方财物的，依照本法第 266 条的规定定罪处罚。需要作配套修改的是，当事人自己或指使他人毁灭、伪造证据的，也应纳入刑法评价。我们不能指望其能如实陈述，但可以指望其不摧毁证据、伪造证据，特别是关键证据，一旦灭失，后果严重。所以某些时候其危害性比帮助毁灭、伪造证据的帮助犯大得多，可将《刑法》第 307 条增加一款作为第二款：当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。

下　编

诈骗犯罪的具体问题

集资诈骗罪非法占有目的的理论偏离与回归

孙万怀[*]　侯婉颖[**]

2010年12月13日，最高人民法院出台了《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)，对集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪等相关罪名作出解释。

回顾《解释》颁行之前，对于集资诈骗罪的认定，主要是依据最高人民法院的两份法律文件，分别是1996年颁布的《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称96年《解释》)和2001年印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)来进行的。在认定过程中，争议最大的问题是关于该罪的主观方面，特别是非法占有目的问题。而《解释》的颁行，赋予这一传统问题新的内涵，使得集资诈骗罪的目的再度成为实践中需要重视的问题。

一、集资诈骗罪中非法占有目的的理论偏离与现实困惑

在深入分析了集资诈骗罪非法占有目的的变迁原因之后，我们再回到这一问题的核心，探讨三份文件的更替与变更中，特别是《解释》颁行之后，对于刑法理论研究和实践认定的具体影响。

(一)解释的变迁体现了对理论的逐渐偏离

通过对三份文件相关内容的梳理，我们可以看出，在集资诈骗罪非法占有目的这一问题上，文件在多个方面与传统理论不一致。

首先，传统刑法对于非法占有目的的理解是："行为人意图非法改变公私财产的所有权。"①"将不法占有理解为不法所有，才是各种金融诈骗罪中'以不法占有为目的'的真正含义。"②具体而言，在占有时间

---

* 华东政法大学教授。

** 华东政法大学硕士研究生。

① 苏惠渔：《刑法学》，北京：中国政法大学出版社，1994，第389页。

② 马克昌：《金融诈骗罪若干问题研究》，载《人民检察》，2001(1)。

段上，是对集资款项的永久占有；在权能破坏上，须为对所有权的全面破坏。96年《解释》中规定的“利用集资款项进行违法犯罪活动”，与不法所有和永久占有的目的大相径庭。显然，本项规定是对传统刑法理论的挑战。另外，本项中“违法”和“犯罪”两词到底是并列关系还是修饰关系，也不甚明了，为司法权力的无限扩大预留了空间。

同时，《纪要》、《解释》中规定的多种隐匿款项的行为，也不能推断行为人具有彻底、永久破坏相对人的所有权或持有状态的意图。就表现形式而言，该行为或许侵害了受害人的所有权或占有权，但不能以此证明行为人有完全否定现存所有权制度或占有制度的存在的心态。而且，该行为往往并未对一般的交易往来关系造成损害，所以这样的侵害就不能开放性地针对所有的社会成员，而只能局限在受害者个人的范围。[①] 因此，以上款项至多只能证明曾经有隐瞒的行为，其隐瞒行为也许是为了牟利以备日后归还也未可知。此外，《解释》第4条第1项关于集资款使用不当的规定，则进一步说明即使没有破坏完整意义的所有权，或者即使主观上没有破坏所有权的目的，仅仅对集资款使用不当，也可以构成犯罪。这些规定，使得学界对于“非法占有目的”不得不重新思考和解释。

其次，司法推定的方式与故意犯罪部分理论不相契合。集资诈骗罪是典型的目的犯，对目的的理解，是对其研究的首要任务。目前，对于目的犯之目的，存在传统的“直接故意犯罪之内的目的”与参照了国外理论的“主观超过要素的目的”两种理解方式。两种观点虽然差别巨大，但亦有共同点，均认为目的犯不以结果论。也就是说，认为目的犯之所以构成犯罪，特定目的的存在是核心要件。对于法定目的犯而言，行为人对法定犯罪目的一直持希望态度，这种犯罪目的自始至终在指引着行为人的意志心理，并进一步支配行为的实施和结果的发生。[②] 因此，对于集资诈骗罪等法定目的犯的研究，其犯罪目的在定罪量刑之中必须查明。96年《解释》等文件中通过列举等方式确立的司法推定模式虽然具有不可比拟的优越性，但是，其思路是以犯罪行为为出发点，由果推因，推断犯罪目的，并非对目的的直接认定。《解释》删除了《纪要》中“明知没有归还能力而大量骗取资金的”的规定，表

---

① 苏承涛、李俭彬：《论诈骗罪中“非法占有为目的”的认定——以两起存疑不起诉的案例为范本》，载《重庆文理学院学报》(社会科学版)，2010(11)。

② 贾宇、怯帅卫：《论法定犯罪目的的实质——兼论犯罪目的与犯罪故意的关系》，载《法律科学》(西北政法大学学报)，2010(4)。

明采用单一的事后推定的方式，完全放弃对目的的探究，展现出直接以结果论的倾向。该表述与倾向无疑与目的犯理论的基本观点不相符合，令人深思。

《解释》第 4 条第 1 项关于事后不合理使用集资款的规定，并不能排除获取集资款后产生故意的可能性。在非法占有目的时间点确定问题上，该规定表明时间点可以扩充到获取集资款后，实际上是对"事后故意"理论的采纳。就集资诈骗罪而言，在进行其核心行为，骗取集资款行为时，必须具有主观罪过，即此处的非法占有目的。犯罪主观态度决定客观行为的具体表现及其实现，集资诈骗罪等金融诈骗罪主观要件"非法占有目的"之产生，应在行为前或行为时，并强调这里的"行为"是指具体犯罪构成要件的行为，如果行为人在行为当时没有非法占有目的，而是在事后才产生此目的，则不能认定行为人具有金融诈骗罪的犯罪目的。[①] 同时，集资诈骗罪作为夺取型侵财类犯罪，以行为人或第三人取得财产、被害人遭受财产损失为既遂标准。若已经获取集资款，则一定达成了某犯罪的既遂。根据犯罪既遂的理论，一罪既遂之后，对该行为的评价即告完结，若在此之后，再度形成非法占有目的，只能重新评价其是否形成新的犯罪。但此处，在并未确定行为时主观心理状态的前提下，认可其构成集资诈骗罪，相当于按照事后故意的理论，既遂后形成的目的，加上行为时的行为表现，共同构成一个新的犯罪。

最后，"利用集资款项进行违法犯罪活动"这一被反复确认的规定，除了对传统犯罪目的理论的挑战之外，亦有违主客观相一致的原则。从事高风险营利活动并不能排除其在营利之后主动归还集资款项的可能性。否则，没有造成亏损就是一种非法占用资金的行为，如果造成亏损就推定其主观上具有"非法占有目的"，仅仅以造成的后果定罪，实际上就是在"客观归罪"。[②] 概括说来，对于集资款，违法犯罪行为也许仅仅是借用，也许借用的是部分权能，不能从其犯罪行为本身认为其存在不归还的目的。

（二）《解释》导致司法实践中的规范界限模糊

上述变迁中的集资诈骗罪非法占有目的理论体系和法律规定也给

---

① 赵秉志、许成磊：《金融诈骗罪司法认定中的若干重点疑难问题研讨》，载姜伟主编：《刑事司法指南》，北京：法律出版社，2000。

② 王立志：《论集资诈骗罪中的"非法占有目的"》，载《河南金融管理干部学院学报》，2005(6)。

司法实践造成了越来越多的难题。参照《解释》的规定，笔者认为，有以下问题值得探讨。

1. 罪名区分与判定的困惑

在《刑法》中，除了集资诈骗罪外，还规定了其他三个不以非法占有为目的的非法集资行为，分别是第160条规定的欺诈发行股票、债券罪，第176条规定的非法吸收公众存款罪和第179条规定的擅自发行股票、公司债券罪。在司法认定中，它们与集资诈骗罪在客观上均表现为向社会公众非法募集资金，区别的关键就在于是否具有非法占有集资款的目的。然而，明确这一点在案件认定时却并不容易。以非法吸收公众存款罪为例，我们讨论如下案例：行为人甲向社会吸收公众集资款若干，准备据为己有。之后，甲将集资款全部挥霍，案发后，甲因惧怕法律制裁，通过多种渠道还清了全部的集资款。行为人乙向社会吸收公众存款若干，准备营利后归还本息。之后，乙将获取的集资款用于生产销售伪劣商品，获利后，归还了全部集资款。行为人丙向社会吸收公众集资款若干，准备营利后归还本息。丙用集资款进行了生产经营活动，后因不可抗力(天灾人祸)等原因，导致无法返还集资款，但丙因为惧怕法律制裁等多种原因，拒不交代资金去向。

根据《解释》第4条第2、4、7项的规定，行为人甲虽然挥霍了全部集资款项，但因最终归还了集资者，不构成集资诈骗罪；行为人乙虽然归还了集资款项，但由于其将集资款用于违法犯罪活动，因此依然构成集资诈骗罪；行为人丙因拒不交代资金去向，逃避返还资金，构成集资诈骗罪。

就行为人甲而言，依据其还款的结果，不考虑其挥霍全部款项的行为，继而不考虑其获取集资款时的非法占有目的，这是依据结果排除目的的表现，明显罪刑不当。但依据《解释》，对其只能以非法吸收公众存款罪认定。就行为人乙而言，其吸收公众存款行为本身没有给社会造成任何危害，其造成的社会危害是因为制造伪劣商品行为导致的，虽然其归还了集资款项，但《解释》对于违法犯罪行为不论结果，不论目的，只以行为认定，其仍应构成集资诈骗罪。就行为人丙而言，其目的、前期行为均符合非法吸收公众存款罪的要件，但因拒不交代资金去向的事后行为和客观原因无法返还集资款的结果，按照《解释》，构成集资诈骗罪。因此，《解释》的规定造成了主客观认定中多次不一致，形成了罪名认定的严重困难，有偏离罪刑均衡原则和法律面前人人平等原则之嫌。

2. 罪名及罪数形态认定的争鸣

了解了《纪要》中规定的非法占有目的可以产生于集资前和集资过程中，总结在现有《纪要》规定对非法占有时间点问题的两种理解之后，我们同样以非法吸收公众存款行为为例，看如下案例：行为人甲持续的向社会非法吸收公众存款，意图利用集资款进行营利活动。在获取集资款的过程中，由于合同到期、集资人催款等原因，甲不断利用后吸收的存款归还之前的款项。当甲共吸收存款 300 万元时，产生非法占有集资款项不再归还的意图。此时，甲已经共归还集资款 100 万元（利息忽略不计）。至案发，甲前后共吸收公众存款额 700 万元。

如果对《纪要》按照第一种方式理解，即按字面含义进行解释，就会认为，由于甲在非法集资行为过程中产生非法占有的故意，甲的行为应统一认定为集资诈骗罪一罪，犯罪金额为 700 万元。

如果按照非法占有目的产生的具体时间点作出划分，分别认定，则甲的一系列行为可以分为：非法占有目的产生之前的行为和产生之后的行为。非法占有目的产生之前的行为又可以依据集资款是否归还，分为已还款行为和未还款行为。这样，以时间为序，分为三个阶段。对于第一阶段，根据其主客观表现，可以认定，其构成非法吸收公众存款罪（金额为 100 万元）；对于第二阶段，其在非法吸收公众存款的故意指导和行为既遂之下，又实施了占有集资款的行为，构成非法吸收公众存款罪和侵占罪，且两罪分别成立，不能吸收（金额为 200 万元）；对于第三阶段，其以非法占有的目的，实施了吸收集资款的行为，是典型的集资诈骗行为，构成集资诈骗罪（金额为 400 万元）。综上，甲的行为构成集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪、侵占罪。且罪名之间无包容关系，应数罪并罚。

因此，对行为中产生的非法占有目的，会导致该目的产生前和产生后罪名认定的区别，以此产生罪名竞合和罪数形态认定的问题。也正是两种理解的不同，对于同一个案例，同一个当事人的非法占有目的均有不同的认定，也导致定罪和量刑问题的巨大差别。

3. 非法占有目的在认定中呈现出弱化问题

就集资诈骗罪的非法占有目的认定而言，理论界往往关注的是对其严格要求，慎重入罪。然而，随着各类法律文件的频繁颁布与不断施压，随着《解释》所呈现出的扩大化趋势的发展，各地在审判实践过程中，已经呈现出“非法占有目的”在认定中被弱化和认定结果不统一的态势。具体而言，表现在：(1)客观归罪的现象普遍存在。有些地方仅凭集资款没及时返还或不能偿还就推定行为人以非法占有为目的，

不认真分析行为人未偿还集资款的原因。(2)弱化“非法占有目的”标准，把占有理解为民法上的占有这种状态，弱化刑民界限。(3)推定标准不断降低和推定的不合理适用，导致认定结果不一。“非法占有目的”是行为人的主观心理状态，在没有供述的情况下，需要办案人员运用刑事推定的方法予以判断认定，对推定中“极大盖然性”的理解是因人而异的，这又导致个案认定的不一。① 造成上述表现，一方面是法官专业化程度差异和受结案率等指标影响的结果；但另一方面来讲，社会的普遍压力和各类文件的影响也不容小觑。

二、集资诈骗罪非法占有目的变迁的实质是刑法依赖

如前所述，对于集资诈骗罪的目的认定和处理中，非法占有目的情形增加，产生的时间点不断扩张，司法推定增多、证明标准降低的三个特点，呈现出犯罪圈不断扩大和打击力度不断加大的整体趋势。这些特点和趋势由多种原因造成。

(一)刑法依赖的内在思维在经济领域内的持续作用

虽然我国目前的整体刑事政策为“宽严相济”，但单就经济犯罪而言，体现的还是“从严”的一面，这也是对集资诈骗罪的非法占有目的的规制和认定，不断降低认定标准，扩大犯罪圈的根本原因，这实际上是一种长期以来形成的刑法依赖。刑法依赖表现为立法上的犯罪化和司法上的严厉化。

所谓“犯罪化”，是指将不是犯罪的行为在法律上作为犯罪，使其成为刑事制裁的对象。② 由于司法解释的广泛应用与准法律的地位，因此，在我国，对犯罪化应作广义的理解，这里的法律应包含司法解释。金融刑事立法经司法解释细化后打击面过宽，经济违法违规行为广泛被司法解释吸纳，这种大规模犯罪化的刑事政策体现在集资诈骗罪非法占有目的的认定中，呈现出时间和具体情形的不断扩张的趋向。

而“严厉化”主要是指在司法领域对犯罪行为判处较重的刑罚。在我国，由于严格遵循罪刑法定原则并采用相对确定的法定刑，因此，严厉化主要体现在法定量刑幅度内从严惩处理。这种从严的刑事政策体现在类罪的认定上，表现为实践中多遵循各种文件的要求，严惩某

① 何德辉：《集资诈骗罪认定的难点及对策》，载《甘肃行政学院学报》，2010(5)。

② 大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，北京：法律出版社，2000，第85页。

类犯罪[①]。因此，除了三份司法解释性质的文件外，在探讨刑事政策对集资诈骗罪认定的影响方面，我们还应当关注另一类文件，即各国家机关，特别是国家行政机关颁行的各类文件。继最高人民法院在2004年颁行《关于依法严厉打击集资诈骗和非法吸收公众存款犯罪活动的通知》，要求各级审判机关严惩集资诈骗犯罪之后，2007年，也就是在“万里大造林”案发生之后，国务院办公厅又以电文的形式颁布《关于依法惩处非法集资有关问题的通知》(国办发明电[2007]34号)，要求充分认识非法集资的社会危害性，依法惩处各类非法集资案件。仅仅三年之后，2010年，国务院办公厅以全年第2号电文的形式再一次发出《国务院办公厅关于严厉打击非法集资有关问题的通知》(国办发明电[2010]2号)。该文件不仅要求各级政府打击此类犯罪，更要求，加大处置非法集资宣传教育工作力度，扩大宣传教育覆盖范围，增强宣传效果，营造良好的舆论氛围，从源头上有效遏制非法集资案件的发生。几个月后，《解释》出台，形成对国务院该份文件的呼应与配合，以司法解释的公信力加大司法防控。对于集资诈骗等非法集资类犯罪非规范性法律文件(或俗称“红头文件”)的频繁出台，其严厉打击的决心和态度可见一斑。

这种防控扩大化的趋势，一方面体现出当权者对经济犯罪问题的关注程度高，另一方面也体现了对于经济犯罪的防控更多的倚重的是刑罚的威慑作用。这一趋势的发展，归根结底是过度依赖刑法、迷信刑法的惩罚效果的表现。

值得注意的是，这种依赖随着金融犯罪的发展变化亦有了新的内涵。严厉打击不再单纯的意味表现为讲求重刑。而更多的体现在一方面加强了最高人民法院的指导性，通过向社会公布一些典型案例，威慑犯罪。另一方面在各级机关发布的各类文件的指导下，按照法律办事，又依照刑法的规定进行惩罚，利用刑法手段，挽回因犯罪行为对国家造成的损失。关于集资诈骗罪的文件的频繁出台和案例的陆续公布就是一个证明。

(二)集资诈骗罪的特殊地位使得对其主观认定上“多次从严”

在分析了经济犯罪和金融犯罪整体防控扩大化的趋向及动力后，我们似乎可以推论出集资诈骗罪作为其中一部分，其目的的认定与发

---

① 以《2011年最高人民检察院的工作报告》为例，在2010年工作回顾的第一部分和2011年工作概览的第四部分均有“加大打击非法集资、金融犯罪行为”、“加大对非法集资犯罪的惩治力度”等表述。

展为何有前文所述的三个特点。但单就个罪的主观问题而言，笔者认为，必须回归所要探讨的个罪，具体探讨其原因。也就是考夫曼说的，“规范必须与生活事实进入一种关系，它必须符合事物。这就是我们所称的‘解释’：探求规范的法律意义……为了探求此种意义，我们必须回到某些直观的事物，回溯到有关的具体生活事实。”①

集资诈骗罪规定在《刑法》第三章第五节第 192、199 和 200 条之中。其作为传统金融诈骗犯罪的一种，符合诈骗罪的相关规定，与诈骗罪是特别法与一般法的关系。

回顾集资诈骗罪的立法过程，1995 年，全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定》草案中规定，金融诈骗罪的最高法定刑为无期徒刑。然而在征求《决定》草案意见时，有一种意见提出，当时社会上有一些犯罪分子利用集资的方式诈骗的现象较为突出，而且极大地破坏了社会秩序和金融秩序，严重影响了社会稳定，据此建议在草案中增设死刑。最终《决定》出台时该意见被法律所采纳。② 之后，1997 年《刑法》制定时，再度沿用了这一规定，将集资诈骗罪的死刑写入其中。因此，从立法上讲，对于集资诈骗罪已经进行了一次从严。

随着我国经济的发展、社会的转型和金融安全地位的提升，我国自 1997 年《刑法》制定之时起，就对金融犯罪，特别是金融诈骗罪采用从严的刑事司法刑事政策，从多角度全面打击与压制此类犯罪。由于集资诈骗罪是《刑法修正案（八）》颁布后唯一一个保留死刑的金融诈骗类犯罪，其成为本节的八种犯罪处刑最重的犯罪。也就是自那时起，集资诈骗罪作为金融诈骗罪的一部分，成为严格司法的对象。

近年来，随着经济的持续发展与转型，私人投资理财业务的兴起、社会交往的增多、广告业发展等多重因素的介入，陆续出现了“万里大造林”案、“亿霖木业”案、“兴邦公司”案、“海天公司”案、“中科公司”案等一批重大非法集资案件，非法集资问题受到了越来越大的关注。而这类案件涉众型的特点和不断扩张的涉案数额给受害人和社会造成严重的损失，其不断翻新的犯罪手段，使得对其认定备显艰难。随着《解释》的出台和类罪的发展，非法集资已经从一个约定俗成的概念发展成为一个为法律认可的概念，非法吸收公众存款罪成为其基础概念。

① ［德］亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台北：学林文化事业有限公司，1999。

② 全国人大常委会法工委主任顾昂然：《关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定（草案）》的说明。全国人大法律委员会关于“全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序的犯罪分子的决定（草案）》审议结果的报告”。

在此之上的集资诈骗罪又成为了非法集资这类罪中的重要形式，至此，集资诈骗罪的地位具有了特殊性，成为金融诈骗类犯罪和非法集资类犯罪的交叉罪名。于是，在《解释》从严打击非法集资类犯罪时，集资诈骗罪又作为此类犯罪的一部分，再次成为从严的对象。

2011 年 2 月，最高人民法院、最高人民检察院联合颁布了《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对诈骗类犯罪进行打击和规制，透露出对其从严处理的倾向。这份司法解释中虽然没有涉及集资诈骗罪，但其针对的毕竟是其上位概念诈骗罪。集资诈骗罪能否在该类犯罪的从严打击中幸免，令人担忧。

就个罪发展而言，集资诈骗罪本就是金融诈骗类犯罪中处刑最重的犯罪，这一点在 97 年《刑法》制定伊始已经确定无疑。对其严格按照法律规定处理，无可厚非。之后，《纪要》等文件的颁布，是国家对金融诈骗犯罪严厉打击的表现。《解释》的出台，使得集资诈骗罪作为非法集资犯罪的组成部分成为从严打击的对象。基于此，在对其各个方面的问题进行认定过程中，依据不同类罪的不同刑事政策，对其二次从严，甚至三次从严的现象时有发生。这就解释了为何集资诈骗罪的主观认定较之其他的经济犯罪，体现出更明显的犯罪化和重刑化的趋向。

三、非法占有目的之路径选择

近年来，对于经济犯罪，特别是集资诈骗罪的打击，一直是沿着第一种路径，采用逐渐从严的处理和认定方式的。也正是在其引导下，各类规范性或非规范性文件更替出台，降低对非法占有目的的认定标准，加快对此类行为犯罪化的进程。2007 年，国务院批准建立了由银监会牵头的“处置非法集资部际联席会议”，专门打击此类犯罪。但是，集资诈骗等非法集资案件不仅没有减少，却在之后几年中呈多发态势，大案、要案仍然屡见不鲜。即从现实效果看来，从严路径之合理性受到质疑。

从现实影响角度，金融刑事立法的过度扩张，模糊了刑事、民事和行政案件之间的界限，导致了金融市场被刑法过度干预，不利于保障市场主体的经营自主权和公民的人权，在一定程度上阻碍了我国金融市场的发展。① 集资诈骗罪虽然具有双重身份，但归根结底，这一

① 顾肖荣、陈玲：《必须防范金融刑事立法的过度扩张》，载《法学》，2011(6)。

属性是刑法不同分类方式的产物。从本质上讲，其仍是一个普通的经济犯罪，属于法定犯的一种。对其处理，应遵循对法定犯处理的一般原则，慎重用刑，不应单凭主观猜测将其“妖魔化”，带着打压与消灭的态度对其认定。如今对于集资诈骗罪采取的多次从严的政策，不仅不符合对于法定犯和经济犯罪非罪化和轻刑化的趋势，甚至连一行为只能在刑法上一次评价的原则也违背了。就已然存在的规范看来，在集资诈骗罪认定中，起点本不平等，多次从严的态势又造成了不平等的加剧。

站在政策理论层面，透过发展的视角观察，刑权力如果过度强调其惩罚意义，其过度扩展和强化会导致个体的权利无价值状态，从而不利于整体的发展。“它在这个世界中的独特地位迫使它增强自己的权力而牺牲它内在的人性的发展。反过来，人的实存则在压榨它，以限制其权力的增长，不然的话，它的基本目的——人的最高的可能的发展——就会受到阻碍。”[①]由此可知，不断扩张的司法防控将不利于人的发展和社会的发展，也最终不利于统治者自身利益的实现。恰如卢梭所说，“刑罚频繁是政府衰弱或无能的一种标志。”[②]

笔者认为，现有从严路径，从金融发展，防控犯罪等多角度而言，都具有天然的缺陷，对现实问题的处理上没有也不可能起到预期的效果，不应继续为我国沿用。具体来说，在认定非法占有目的的时候应当遵循以下原则。

第一，牢牢把握刑民界限，严格按照刑法规定，立足于为我国实践所用，对非法占有作出“排除所有，长久占有”的解释，坚决防止犯罪圈的无限扩大。《解释》第 4 条第 1 项对于并非破坏全部所有权和并非带有永久目的的行为进行了确认。这种对于占有的理解方式显然已经突破了传统刑法将“非法占有目的”理解为“不法所有目的”[③]的理解。笔者认为，用一种新的理论代替旧理论，必须有充分的论证这种替代的必要性。而必要性证明中最重要的，即旧的理论已经毫无存在的空间和新的理论具有不可比拟的优势。

第二，对非法占有目的应以直接认定为原则，以司法推定为补充，建立以预防为着眼点的认定体系。《解释》采用了单一事后推定的方式，排除了事前认定其为集资诈骗的可能性。设计该证明标准时过多地考

① [德]卡尔·雅斯贝斯：《时代的精神状况》，上海：上海译文出版社，1997，第 78 页。
② [法]卢梭：《社会契约论》，北京：商务印书馆，1983，第 47 页。
③ 张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2007，第 628 页。

虑了其认定方式的普适性，而忽略了认定标准的全面性。由于主观的不可知性等特点，事前预防和主观推断具有难度，在实践中也并不多见。但是，不能因为其罕见性，就将其直接排除认定方式之外。此外，在设计该标准时，过于考虑审判机关的利益，而忽略了其他司法机关运用该证明标准打击、预防集资诈骗罪的需要。例如在该证明标准下，侦查机关基本不可能找到结果之外的原因来证明非法占有目的的存在，而且也不愿意承担这种风险，在这种情况下，其当然要回避在结果出现之前的初始阶段打击集资诈骗罪，而由此引起的直接后果就是集资诈骗罪的危害被放大了，打击集资诈骗罪的成本也加大了。① 从这个意义上讲，单一的推定方式，排除了案发前的提前预防的可能性，使得在初始阶段打击集资诈骗罪的可能性降到最低，不利于犯罪的预防、损失的避免和矛盾的化解。

第三，司法推定过程中严格遵循推断方法，建立双层评价体制，谨防客观归罪现象的发生。

集资诈骗罪作为法定的目的犯，其主观要素证明过程中，除了应遵循司法推定的一般原则外，还要把握其作为法定目的犯的特殊性，确立合理的推断方法。有学者结合集资诈骗罪的发展过程，创立了“四点一线”的推断方法。所谓的四点，即集资理由、集资方法、履约表现和违约后态度，所谓的一线，就是要看整个非法集资活动的综合表现，坚持主客观相一致的原则。② 在具体认定时，主要看行为人发起集资活动是否具有真实的集资项目和资金需要，为取得集资提供的条件方面是否全假或者绝大部分虚假；看行为人履行合同的诚意，是否实施了一定的投资行为，或者单方面更改投资项目，其未归还集资款是否是客观不能的原因。在此前提下，必须结合事前、事中、事后的各种因素，综合认定。

---

① 王占洲：《集资诈骗罪非法占有目的的证明标准》，2005 年贵州省法学会刑法学年会论文集。

② 何德辉：《集资诈骗罪认定的难点及对策》，载《甘肃行政学院学报》，2010(5)。

对《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条的评析

潘文博*

于2011年1月4日起开始施行的《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)的第4条所对应的是《刑法》第192条集资诈骗罪："以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处……"刑法中明确表述了构成集资诈骗罪需要"以非法占有为目的"，它是认定罪与非罪、此罪与彼罪的关键。《解释》第4条即对此作出说明，以便准确理解"以非法占有为目的"的内涵，为司法实践提供统一的标准。

然而遗憾的是，《解释》第4条其实并没有达到理想的效用。由于逻辑和表述上的缺陷，它反而加强了司法实践中的随意性，赋予了检察官、法官极大的自由裁量权，为任意出入罪提供了制度条件。

一、《解释》的逻辑怪圈

《解释》第4条规定："使用诈骗方法非法集资，具有下列情形之一的，可以认定为'以非法占有为目的'……"随后所列的八种情形多为"不能返还"、"逃避返还"的客观事实状态。《解释》的逻辑为：首先，行为人使用诈骗方法实施了非法集资行为；其次，出现了解释所列的八种情形之一，即"不能返还"或者"逃避返还"的事实状态；最后，根据这八种客观情形认定行为人在主观上存在"以非法占有为目的"。这样就产生了三个逻辑怪圈。

(一)怪圈之一

《解释》认定行为人"以非法占有为目的"，首先要求其"使用诈骗方法非法集资"。然而，"'诈骗'一词的本意已经包含了非法占有的目的，再去判断是否具有非法占有的目的与使用'诈骗'一词存在冲突。"①

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院刑法专业硕士研究生。

① 王仲兴主编：《经济犯罪形态与对策研究》，广州：广东人民出版社，2006，第339页。

所谓诈骗罪，是指“以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。”[①]正因为如此，《刑法》第 266 条对诈骗罪只规定：“诈骗公私财物，数额较大的，处……”并没有将构成犯罪必须具有的“以非法占有为目的”列入其中。也就是说，“诈骗”二字本身即表明了立法者的一种态度，即行为人具有“以非法占有为目的”的主观心理状态。所以，《解释》在使用“诈骗”一词后，又列举八种情形判断行为人是否具有“以非法占有为目的”，在逻辑上存在很大瑕疵。

(二)怪圈之二

多数学者认为，通过行为人的客观行为来验证其是否具有“以非法占有为目的”的主观心理状态，是采取了英美刑法中司法推定的方法，而《解释》第 4 条为司法推定的本土化提供了依据。[②] 早在 1997 年刑法颁布之前的 1996 年，最高人民法院就在《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》中尝试运用这种新鲜的方法：“具有下列情形之一的，应当认定为行为人的行为属于‘以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资’……”随后列举了用以推定的四种情形。2001 年最高人民法院的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“对于行为人通过诈骗方法非法获取资金，造成数额较大的资金不能返还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有目的……”将 1996 年所列的还不太完善的四种情形增加到七种。2011 年起施行的《解释》与前述两份规范性文件一脉相承，仅在原有的思路下改动了部分语词。

更大的逻辑怪圈出现了。

首先，《解释》通过“不能返还”或者“逃避返还”的八种情形认定行为人在主观上存在“以非法占有为目的”，是一种由结果追溯原因、由客观追溯主观的反向思维，是倒序而非顺序。然而，一果可能有多因，客观事实的造成也可能出于多种心理活动。所以，“在非法占有目的这个‘因’与未返还这个‘果’之间并不存在完全的一一对应关系。”[③]由于并不能反推出唯一的结论，客观上的“不能返还”和“逃避返还”缺乏对行为人主观上“以非法占有为目的”的认定能力。有学者甚至忧心忡忡地认为，“若没有造成亏损，就是一种非法占用资金的行为；如果造成亏损，就推定其主观上具有非法占有目的……势必会陷入客观归罪的

① 张明楷：《刑法学》(第 3 版)，北京：法律出版社，2007，第 735 页。

② 赵秉志：《论金融诈骗罪的概念和构成特征》，载《国家检察官学院学报》，2001(9)；陈兴良：《当代中国刑法新境域》(第 2 版)，北京：中国人民大学出版社，2007，第 739 页。

③ 刘宪权：《金融犯罪刑法学专论》，北京：北京大学出版社，2010，第 472 页。

泥潭。"①

这一逻辑怪圈在于，作为集资诈骗罪不可或缺要素之一的"以非法占有为目的"完全可以根据客观情形进行推定，从而并不需要主观上的考察和判断。"强调司法推定的运用实际上是在一定程度上否定了非法占有目的是所有金融诈骗罪的主观构成要件。"②

其次，"以非法占有为目的"本身的含义并不明确，③ 司法解释也不具备澄清其含义的能力。有学者认为，"非法占有目的是主观的超过要素……是目的犯中的目的，故意之外的主观要件。不要求存在与之相对应的客观事实。"该论者以德日刑法中的伪造货币罪为例，"要求行为人主观上'以行使为目的'，但客观上又不要求行为人已经行使了所伪造的货币。"④所以，"即使按照财产罪规定，金融诈骗罪在客观上仅仅侵害了财产、资金、凭证的占有(或获得)，而'非法占有目的'是不是金融诈骗罪的构成要件属于主观方面的问题，用'侵害占有(或侵害获得)'来解释'非法占有目的'的必要性，实际上是把两个不同领域的问题绞合到了一起，本身在方法论上就存在错误。"⑤

最后，司法推定"只是在英美法系中运用的一种证据制度……大陆法系和我国则缺乏这种制度。"⑥对法律制度的移植应当十分慎重，以避免水土不服。对于司法推定，被告人一方必须提出确实充分的反证，才能够推翻这一推定。于是，以前需要由办案机关直接证明的"以非法占有为目的"，现在必须由被告人一方自己证明自己不具备这种主观心理状态。如此逆向证明则给被告人一方提出了较办案机关正向证明而言更高的证明难度。况且，对于司法推定的反驳需要达到怎样的程度才能够解除这种推定，未见任何立法及司法上的说明。虽然有论者认为，"运用司法推定可以降低诉讼成本，有效防止因证明不能带来的不利后果，为诉讼证明提供了较为可行、合理的证明手段。"⑦然而，推

---

①② 刘宪权：《金融犯罪刑法学专论》，北京：北京大学出版社，2010，第472页。

③ "在大陆法系国家的刑法理论中，对非法占有的目的有三种不同理解：一是排除权利者的意思说，认为非法占有的目的，是指排除权利者行使所有权的内容，自己作为财物的所有者而行动的意思。二是利用处分的意思说，认为非法占有的目的，是指按财物经济的(本来的)用法利用、处分的意思。还有一种折中说，认为非法占有的目的，是指排除权利者对财物的占有，把他人之物作为自己的所有物，按其经济的用法利用或处分的意思。"刘明祥：《财产罪比较研究》，北京：中国政法大学出版社，2001，第64页。

④ 刘宪权：《金融犯罪刑法学专论》，北京：北京大学出版社，2010，第338页。

⑤ 同上书，第335页。

⑥ 同上书，第336页。

⑦ 单晓华：《金融诈骗罪基本问题研究》，北京：中国法制出版社，2007，第78页。

定制度的实现需要有同检察机关力量均衡的辩护方作为支撑，包括赋予辩护方真正的抗辩权，落实早就写在纸上的取证权。在我国控辩双方地位、实力悬殊的条件下，司法推定制度的初衷恐怕很难有效实现。

(三)怪圈之三

如果“以非法占有为目的”的主观心理状态并不是产生于集资之时，而是产生于获得集资款之后，则不能成立集资诈骗罪。这是因为，行为人筹集资金的行为并不是在“以非法占有为目的”这一主观要件的支配下进行。即使行为人在获得集资款之后确实产生了“以非法占有为目的”，此时集资行为早已结束。

所以，《解释》丝毫没有意识到行为人在集资过程中主观心理状态可能逐渐发生变化的过程。仅仅通过《解释》所列的八种客观情形就一律认定行为人具有“以非法占有为目的”，则再次产生出一个逻辑怪圈，即通过专门规定集资诈骗罪“以非法占有为目的”的《解释》第4条认定出的主观目的或许并不属于集资诈骗罪。

二、对《解释》第4条各款的逐一评析

司法解释的逻辑缺陷还体现在第4条各款中。加之《解释》本身在表述上的随意性，使得各款为认定行为人主观方面所确定的标准更加模糊不清，由此则不能给办案机关以及当事人提供很大的参考价值。具体来说，通过任意一款均不能推定出一个唯一的结论，即行为人主观上具有“以非法占有为目的”。

(一)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的

首先，什么是“明显不成比例”？这个比例是多少？5%、10%抑或50%？如何能够通过一个百分比来认定行为人主观上具有“以非法占有为目的”？如果将这个比值定为10%，那么9%的情形又该如何认定？其次，如果行为人“不能返还”的数额已经达到立案标准，[①] 但是比例仅占集资款总额的很小一部分，例如1%，还能否认定行为人具有“以非法占有为目的”？一个明确的标准显得十分必要，否则法官在裁判案

---

① 2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第49条规定：“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：(一)个人集资诈骗，数额在十万元以上的；(二)单位集资诈骗，数额在五十万元以上的。”

件时就会无所适从。面对"明显不成比例"这样模糊的认定标准，各个法官完全会有各自不同的理解，适用起来也会有千差万别。

(二)肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的

首先，什么叫"肆意挥霍"？行为人获得集资款后，哪些该买哪些不该买？行为人将集资款用于采购高级汽车、珠宝等奢侈品是否属于"肆意挥霍"？行为人完全可能为了提升企业形象采购高级轿车，从而吸引更多投资；购买珠宝、名表等奢侈品也许并不是为了个人享受，而是计划投入市场，用于开店赚钱。其次，"肆意挥霍"怎样判断？它占集资款总额的比例是多少？多数学者认为，行为人挥霍掉的应当是集资款的主要部分。[①] 言下之意即，如果行为人将集资款的大部分用于正常活动，仅将一小部分挥霍，则在主观上不具有"以非法占有为目的"。这就产生了和上一款同样的数额认定问题。如果行为人挥霍掉一亿元集资款中的100万元，仅占总额的1%，是否具有"以非法占有为目的"？

(三)携带集资款逃匿的

有这样的情形，行为人只携带了全部集资款中的很小一部分逃匿。例如，行为人筹集到1000万元集资款，逃匿时将手头仅有的20万元现金带走，留下980万元也即绝大部分未动。同前款"肆意挥霍"所遭遇的问题一样，和巨大总额相比的极小部分并不足以认定行为人具有"以非法占有为目的"，这样的案件以职务侵占罪定罪或许更为合适。

(四)将集资款用于违法犯罪活动的

有学者认为，"这里的违法犯罪活动，主要是指经济违法犯罪活动，例如进行走私、非法经营等活动。使用集资款进行违法犯罪活动，使得集资款变成犯罪款项，其必然结果是被国家没收。一旦案发集资款就无法返还，这是在行为人意料之中的。在这种情况下，也可以推定行为人主观上具有非法占有的目的。"[②]这种观点值得商榷。将集资款用于违法犯罪活动，并不能排除行为人在通过违法犯罪活动获取暴利后返还集资款的可能性。此时，行为人只是将集资款作为牟利的工具，并不具备占有集资款的意图。所以，仅仅根据集资款的使用途径不能认定行为人具有"以非法占有为目的"。

---

① 陈兴良：《当代中国刑法新境域》(第2版)，北京：中国人民大学出版社，2007，第740页；刘远：《金融诈骗罪研究》，北京：中国检察出版社，2002，第340页。

② 陈兴良：《当代中国刑法新境域》(第2版)，北京：中国人民大学出版社，2007，第741页。

(五)抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的

"抽逃、转移资金、隐匿财产"总是从案件的结果而言，而这种情形在一开始通常只是表现为转账行为。例如行为人将筹得的集资款借贷给他人或者用于计划之外的其他途径，如果出现资金链断裂或者资金短缺，之前的行为往往会被认为在"抽逃、转移资金、隐匿财产"。在这种情况下也不能似是而非地认定行为人具有"以非法占有为目的"。

(六)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的

通过"隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭"等行为，似乎的确可以认定行为人主观上具有"以非法占有为目的"。但是，如果行为人只是为了挪用资金，而且挪用的数额仅占集资款总额的很小一部分，则不能认定行为人出于"以非法占有为目的"。

(七)拒不交代资金去向，逃避返还资金的

如果行为人已经将集资款用于违法犯罪活动，交代资金去向则可能会曝光办案机关尚未查实的新罪，从而延长刑期。这样，行为人通常会选择三缄其口，拒不交代。虽然办案机关除了认定行为人具有"以非法占有为目的"之外似乎别无他法，但确实会有例外的情形。

(八)其他可以认定非法占有目的的情形

《解释》最后用兜底条款来弥补其他尚未列举到的情形，这实际上给罪刑法定的明确性原则撕开了一个巨大的口子：办案机关认为"可以认定"，被告人就具有"以非法占有为目的"。但是"其他情形"中仍然有一些是不能认定的，例如行为人将集资款用于个人股票、房地产等投资，同样不能排除在获利后归还的可能。

三、结　论

《解释》第4条为认定集资诈骗罪中的"以非法占有为目的"列举了八种客观情形。通过客观情形推定主观心理状态，前文已经论述，它在逻辑上以及表述上存在许多瑕疵。表述上的瑕疵尚可以通过修正不断完善，而逻辑上的缺陷却注定难以克服。这是因为，推定所带来的逻辑怪圈恰恰是推定本身所造成的。而事实上，从1996年最高人民法院尝试适用司法推定至今，有关司法推定的条款一直在不断完善。这些条款的危险是显而易见的：一方面，它将集资诈骗罪变成一个口袋罪，在很多情况下不考察行为人的主观目的，仅通过司法推定客观归罪；另一方面，它又通过兜底条款中的"其他可以认定非法占有目的的

情形”无限扩大集资诈骗罪的外延，从而任意出入人罪。

为此，有学者提出解决方案，例如区分包含“以非法占有为目的”的普通诈骗行为与不需要具备主观目的的金融欺诈行为。前者侧重于保护普通财产，后者侧重于维护金融秩序。“以虚假陈述方式获得金融资金达到一定程度的，若具有非法所有目的的，构成金融诈骗罪；不具有非法所有目的(或非法所有目的难以查清)的，构成虚假陈述犯罪。后罪的成立，‘不需要具备通常难以证明的财产损害以及相应的故意’。”[①]还有学者提出，“非法占有目的不应成为金融诈骗罪主观要件中的必备内容，只要行为人有故意即对侵害金融秩序有认识，就已经具备了犯罪的主观要件。”认为应当去掉集资诈骗罪中的“以非法占有为目的”，将司法推定的内容仅仅作为构成犯罪情况之下的量刑情节。[②]

笔者以为，这几种模式或许能够让《解释》成功走出逻辑怪圈，避免随意推定造成的恶果。但是，这需要依托于对刑法典的修改。在现行刑法规定下，单靠《解释》列举的八种客观情形来认定行为人主观上具有“以非法占有为目的”，恐怕难以自圆其说。

①② 沈丙友：《诉讼证明的困境与金融诈骗罪之重构》，载《法学研究》，2003(3)：338。

试论合同诈骗罪主观要件的认定

范文中*

近年来，我国社会主义市场经济发展迅速，但是由于运行机制的不完善，经济领域的犯罪也呈上升趋势，严重扰乱了市场秩序，其中尤以合同诈骗罪为典型。然而由于合同诈骗犯罪是利用合同的形式进行的，具有相当的复杂性、隐蔽性和欺骗性，在客观方面的表现与民事欺诈、合同违约引起的经济纠纷经常很难区别，因此，研究如何正确把握其主观要件问题就具有十分重要的理论和实践意义。本文试对此进行粗浅的探讨和分析。

一、合同诈骗罪的"以非法占有为目的"释义

根据《刑法》第 224 条规定，合同诈骗罪是以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。据此，"以非法占有为目的"是该罪的主观要件，通常是指行为人在实施犯罪行为时，主观上所持有的意图使财物脱离其合法所有人或占有人的控制而由自己非法支配的心理状态。行为人主观上有这种犯罪的故意，是区别合同诈骗罪与经济纠纷的主要界限。比如，行为人利用虚假的身份和虚假的担保订立合同，但没有非法占有故意，而是由于本身的声誉(包括人和产品)不够，为了能顺利地订立合同，冒用他人的资信，而后也能实际履行，就不能以合同诈骗论处，只能属于民事欺诈。不过，就合同诈骗罪的该主观要件，学界仍有一些分歧和争议，而需要进一步的澄清，笔者分析如下。

1. 合同诈骗罪的主观方面可以包括间接故意

故意犯罪包括直接故意犯罪与间接故意犯罪两种形态，就合同诈骗而言，以直接故意实施是没有疑义的，但是，间接故意是否存在于合同诈骗犯罪之中，却存在两种不同的观点、三种不同的分析。一种

---

* 浙江省义乌市人民检察院政治处主任。

观点认为，由于刑法明确规定合同诈骗是“以非法占有为目的”，故属目的犯，即以特定的目的作为主观构成要件要素的犯罪，而在特定目的指引下，只可能是希望并积极追求危害社会结果发生的直接故意，而不可能是放任危害结果发生的间接故意。另一种观点则认为合同诈骗存在间接故意犯罪。两种观点主要的分歧体现在解释这样的一种情形时的不同：行为人先通过欺骗方式与对方订立合同，然后抱着有办法就履行、没办法就不履行的心态。具体又有三种分析，第一种分析认为，此种情况应该认为无罪，行为人属于对损害结果持听之任之的放任态度，恰好表明了行为人没有将对方财物据为己有的目的，他对能否将对方财物据为己有的结果预期并不确定，也不关心，与目的犯对犯罪结果明确的期望和追求的心理不符，故属于民事欺诈的内容。[①] 第二种分析则认为，行为人放任的主观心理态度针对的不是占有财物，而是合同的履行与否。[②] 所以这种情况只要其占有了财物，都应解释为直接故意。上述两种分析均持合同诈骗罪只有直接故意的观点，但对同一问题的解释相异。第三种分析则认为，这种情况应认定属于间接故意，行为人在主观上的心理特征，是明知可能会给对方造成严重后果，而对之持放任态度。

笔者同意合同诈骗罪存在间接故意的观点。首先，目的犯并不必然排斥间接故意。目的犯中的目的，实际上属于“主观的超过要素”，与故意的意志因素并不完全一致。比如可以追求此目的而放任彼结果。即便目的与意志指向一致，目的也并不必然要求意志只能是希望而不能是放任。比如某人经营音像制品，显然有牟利的目的，但对于其店中存有淫秽音像制品，则持睁一只眼闭一只眼的无所谓态度，故其意志因素是放任。归根结底，这是两种不同的评价。学者张明楷也持该观点，认为间接故意犯罪也可能是目的犯。[③] 其次，承认合同诈骗罪存在间接故意，更有利于宽严适度地适用刑罚打击犯罪。针对行为人对能不能履行持放任态度，导致相对人损失的情况，如果都认为属于民事欺诈，显然对行为人太过于放纵，无疑等于鼓励大家以空手套白狼式的手段，任意将风险转嫁给他人，为自己谋取利益，这将极大地扰乱市场秩序，危害市场运行。市场经济的诚信原则，不允许行为人

---

① 周友苏、许前川：《合同诈骗罪“非法占有”目的之研究》，载《社会科学研究》，2001(4)。

② 党颖：《合同诈骗罪主观目的探析》，载《现代商贸工业》，2008(3)。

③ 张明楷：《刑法学》(第3版)，北京：法律出版社，2007，第248页。

以如此轻率的态度参与市场交易，而且仅享受利益，不承担相应的风险。但是此种放任态度，与积极追究非法占有的直接故意者相比，社会危害性又有所不同，毕竟其还是有履行的可能性，只不过这种可能性更多地寄托于市场环境、运气等因素，而非自身的积极努力。若仅以直接故意论则显得过于严苛，故而应比之直接故意的合同诈骗，作相对较轻处理。

2."非法占有"可以包括非法占用

我国《刑法》关于占用财产类犯罪，即侵犯使用权而不侵犯所有权的，只有挪用公款罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪几个罪名，可以发现这几个罪名均涉及职务之便，然而，在市场交易过程中，由于合同关系而占用相对人财物，这种情况并不少见，但法律却无明确规定，实践中在无法证明非法占有目的的情况下基本上只能按民事纠纷处理。笔者认为，合同诈骗中的非法占有，应当把"非法占用"也纳入其中。

第一，非法占用行为具有相当的社会危害性。从微观上看，利用合同关系取得对方财物后，在未支付相应对价的情况下，或占着不还，或挪作他用，如果占用的是货币，比如用以偿还其他债务，则因货币为一般等价物，其实质上已与占有无异；如果占用的是货物等，也将极大地损害相对方权益，甚至引发连锁反应，波及第三方。更重要的是，从宏观上看，任由非法占用行为的肆行，严重违背了市场经济的诚实信用原则，将极大地危害市场经济的健康运行。

第二，现有法律框架下，对非法占用行为救济不力。目前对非法占用行为，多数情况下只能是由被害人提起民事诉讼，不但使其额外承担了一些诉累，在遭受合同损失之后进一步雪上加霜，而且即便获得了胜诉判决，也很可能因为对方已挪作他用或已转移而得不到及时和完全的执行，这样一方面浪费了司法资源，另一方面却并未给被害人以应有的救济，反而使占用人更加肆无忌惮。由此导致非法占用行为的进一步泛滥，进而危害整个市场秩序。

第三，很多实际上具有非法占有目的的犯罪分子，往往借口是暂时占用、临时挪用，以逃避法律制裁。在不少案件中，客观表现都相似的情况下，非法占有与非法占用往往很难区分，甚至只能依赖于犯罪嫌疑人的口供。如果合同诈骗罪排除非法占用，则会导致一些非法占有者也因只能证明其占用却无法充分证明其占有目的而得不到应有的制裁，而这种对犯罪分子处罚的漏洞原本应该得到避免。

第四，将合同往来中的非法占用纳入刑法有利于罪刑体系的完善。同样是占用，利用职务之便则入罪，利用合同之便却不入罪，这样的

区别对待并不见得理由有多充分。职务之便的挪用，是从社会组织的内部侵蚀诚信原则，而合同之便的占用，则是社会主体之间的往来中侵蚀诚信原则，两者着眼角度不同，然而社会危害性却相当，都构成了对财产权利的侵害，最终都会毁坏社会的诚信基石，影响经济的正常运行。要论被害人过错，职务之便的挪用，是任人不当，而合同之便的占用，则是交易对象选择不当，很多时候甚至前者过错更大。贝卡里亚早就指出，“如果对使社会遭受到不同损害的两种罪判处了相同的刑罚。那就会没有一种阻止人们去犯较重大的罪的动因，因为犯较重大的罪是更有利的。”[①]相应的，如果对危害性基本相同的行为作了不同的处罚，那也会无法阻止人们去犯处罚较轻的那种行为。而行为的多发，则会进一步增加其危害性。

综上，有充分理由表明应将非法占用行为纳入刑法，而实现此目的的最方便方式，便是合理解释合同诈骗罪的非法占有目的，认定非法占用也属非法占有。不过仿效挪用公款等犯罪，为避免打击面过宽，对合同诈骗中的非法占用也应进行一定的限制，比如可以规定非法占用数额较大(可以比非法占有的起刑点更高)，超过合同履行最后期限的三个月，或者占用后用于非法活动，乃至造成重大损失等情况，作为犯罪处理。当然，最彻底的处理方式，是立法单独成立一罪，比如侵害债权罪。

为更加形象地说明问题，兹举一案例：1999 年茂宁公司与一针织厂签订供销合同，约定：茂宁公司向针织厂采购衣服出口到美国，由美国买家将货款打到进出口公司，进出口公司开出收款人为针织厂的汇票，交给茂宁公司，针织厂到茂宁公司领取汇票。至 2000 年茂宁公司在多次收到进出口公司开给针织厂的总计 318 万余元的汇票后，其法定代表人林某伪造了针织厂的财务专用章等，对汇票通过背书，以茂宁公司为被背书人向银行解付，后该货款被用于支付茂宁公司的其他欠款。针织厂多次催讨货款，林某均骗称货款未结来。2000 年 11 月后林某一直潜逃在外。林某被抓获后供称：因为公司当时资金紧张，就用这些钱付了别的厂家的货款。因为已经欠针织厂很多钱，多欠一点也没有多大关系，别的单位欠钱少，先解决掉，一个单位来讨债总比几个单位来讨债要好的多。

上述案例即是典型的非法占用型合同诈骗罪。林某本应将汇票给

① [意]切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：北京大学出版社，2008，第 19 页。

针织厂以完成合同的履行，但其却隐瞒汇票已收到的事实，不给针织厂，而是以伪造印章进而伪造票据背书的手段，将货款解付，而后用于公司债务的清偿。若本是暂时挪用，则应及时归还，但林某之后的行为表明其完全没有清偿的诚意，一拖再拖，最后潜逃。综合来看，其非法占有目的可以推定，非有特别强的证据不足以推翻。虽然所得货款林某个人并未私吞，而是用于支付公司欠款，属为本单位谋取利益，这也只能认定其为单位犯罪，而无法得出其无非法占有目的的结论。虽然林某不否认对针织厂债务的存在，但其占用货款及后潜逃的行为表明其已基本上无偿还债务之可能，针织厂之损失已为现实地造成。

3."非法占有"可以包括非法毁损以及为第三人所有

显然，故意追求或者放任毁损合同相对方的财物，数额较大可以构成故意毁坏财物罪。但如果在这过程中有欺骗行为，则可以构成合同诈骗罪与故意毁坏财物罪的竞合，此时应定合同诈骗罪，理由如下：首先，如果是一个行为，譬如隐瞒真相放任财物毁损，按照想象竞合择一重罪论，合同诈骗罪最高刑可至无期徒刑，而故意毁坏财物罪则至多七年，应定合同诈骗。其次，如果是数个行为，则以毁损为目的，诈骗为行为手段，可构成牵连犯，一般可按目的行为论，但可能造成罪刑不相适应，则择一重罪，仍以合同诈骗定。最后，定合同诈骗更有利于全面评价行为人的行为。在合同来往中故意毁损财物，侵犯的不但是财产权，还有市场秩序，这显然非故意毁坏财物所能评价，而必须以合同诈骗论方为恰当。有人认为占有须是以依照财物的本来用途利用和处分为目的，将毁损排除于占有之外，实际上是对占有作了不适当的缩小解释。笔者认为，毁损也是一种占有，确切地说，是占有后的处分行为之一种。

至于说非法占有包括为第三人所有，一般无甚疑义，在受益人为第三人的合同诈骗中，显然为第三人取得非法占有。需要强调的是，第三人一般不得适用善意取得，赃物应当优先归还原主。附带提一下，合同双方串通，取得第三人财物的，一般应视其取得第三人财物的方式而定，若是第三人不知情，可构成盗窃，否则可为诈骗等罪，不一定是合同诈骗。

二、合同诈骗罪"非法占有目的"的具体认定

合同诈骗罪的"非法占有目的"是我们必须证明的一个要件，但这

毕竟是行为人内心的想法，无法直接感知，而须依托各种证据加以判断。从证据角度，合同诈骗罪中“非法占有目的”的认定，一般有两种途径：一是行为人自己的供述；二是通过行为人客观上的表现来推定和印证。从司法实践来看，较少案犯会如实供述自己的犯罪行为，许多案犯在归案后都会极力用“经济纠纷”作幌子掩饰行为的诈骗性质，以逃避法律的制裁。所以，如何从行为人的客观表现来推定其主观上的意图，对于区分罪与非罪就显得尤为重要。

(一)对学界关于合同诈骗罪“非法占有目的”认定的主要观点的批判

当前学界对合同诈骗罪“非法占有目的”认定问题的探讨，主要有以下几种观点。

“履行能力说”①，主张以行为人签订合同时有无履行能力来判断行为人主观上是否具有非法占有的目的。该观点强调的是纯客观因素，却没有考虑到行为人签订合同时无履行能力未必具有非法占有目的，事实上在签订合同之后、履行合同过程中取得履行能力的情况依然存在。而且，从另一方面来说，即便签订合同时有履行能力，也不一定履行合同，未必没有非法占有目的。所以，该学说显得过于片面，有以偏概全、客观归罪之嫌。

“原因分析说”，主张以行为人有无履行合同的行为，合同不能履行的真正原因和造成损失的真正原因来确定行为人主观上是否存在非法占有的目的。该观点从没有履行合同的事实结果和造成的损害结果来反推判定行为人是否具有非法占有目的，因果关系具有不对应性。因为合同不能履行的原因是多方面的，多因一果现象十分普遍，以非法占有为目的的诈骗行为只是其中的一种原因，在排除其他可能原因之前，并不能以此结果就断定行为人具有非法占有的目的，以果定因的反证不符合逻辑的周延性。

“阶段分析说”，主张在合同签订阶段，以行为人是否以虚假的身份或虚假的担保来欺骗对方，使对方陷入错误的认识而签订合同作为是否存在非法占有目的的标准；在合同履行阶段，以行为人的履行态度、合同不能履行的真正原因以及合同标的物的处理情况来认定行为人主观上的非法占有目的。该观点从局部和整体相结合、合同订立和履行相结合、行为人主观方面和客观方面相结合的角度出发，较全面

---

① 以下几种观点，参见林文生：《合同诈骗主观要件的解释与认定》，载正义网，2000-08-27。

地进行了综合分析，对认定合同履行阶段非法占有的标准比较全面。但对认定合同签订阶段非法占有目的的标准欠全面，因为行为人也可以以签订真实有效的合同来掩盖其非法占有的目的，所以该学说仍存在缺陷。

"补救赔偿态度说"，主张以案发前，行为人因不履行合同给对方造成损害后果后，是否采取必要的补救措施以及对承担赔偿责任是否采取积极主动的态度，作为区分行为人有无非法占有目的。该观点对于解释非法占有目的仍显得有点力不从心而失之片面。它以行为人所采取的补救态度来证明其不履行合同的非法占有目的，给人以本末倒置的感觉；事实上补救态度只能在一定程度上减轻行为人责任，却无法将之与非法占有目的取得对应的必然联系，也即无补救并不一定就有非法占有目的，有补救也并不一定没有非法占有目的。

综上，上述几种观点均在某些角度就合同诈骗的非法占有目的之认定问题提出了自己的看法，虽有一定可取之处，然而并不全面，实践中合同诈骗的复杂性非上述几说所能单独概括。

(二)合同诈骗罪"非法占有目的"认定之我见

1. 合同诈骗与民事欺诈的区分

认定合同诈骗罪，最关键也是最难的是要与民事欺诈相区分。从理论上说，这两者的区分是不难的。首先，从客观方面看，合同诈骗的客观表现，根据《刑法》第 224 条规定的五种情形，可以归纳为：行为人订立合同时虚构名义或冒用他人名义，对自身的货源、资金等履行能力"无中生有"或"无限夸大"，订立合同后基本无履行合同行为，携对方给付款物逃匿等诈骗行为。而合同关系中的民事欺诈在客观方面一般表现为：行为人只是适当地虚构事实或隐瞒真相，以使商品买卖、提供劳务、完成工作等合同签订成功，如隐瞒产品有瑕疵和自身资金状况不佳等真相，并且采取积极行为履行合同。其次，从主观方面看，合同诈骗属明知自己无履行合同的能力而与他人签订虚假合同，或者虽然有履行能力，但隐瞒自己根本不想履行合同的事实，诱使对方与自己签订合同，从而达到非法占有他人财物的目的，本质上是非法地无偿占有。而民事欺诈的主观方面表现为：行为人企图通过履行合同的行为来获取比投入更大的利益，并不是完全地非法占有。总之，民事欺诈行为只是轻度地违反了民事活动中的"诚实信用"原则，而合同诈骗则除了严重违背诚实信用，还侵害了市场秩序和公私财产权。

事实上，典型的合同诈骗还是比较容易认定的，但是现实生活的复杂，诈骗分子的狡猾，常常出乎人们的估计，这也就使得合同诈骗

与民事纠纷之间变得更加扑朔迷离、难以区分。

2. 履行能力与非法占有的目的之认定

行为人有无履行合同的能力、行为人是否积极履行合同等表现与是否具有非法占有目的有莫大关系。概括地分为如下两种情况讨论。

(1)行为人签订合同当时无履行能力的。具体又可分两种情况：一是事后一直无法取得履行能力的，自然不会有履行合同的行为(即履行不能)。行为人一无资金、二无货源、三无场地、四无完全意义上的组织人员和机构，就必然使用虚假的身份或虚假的担保等种种手段，来掩盖其根本无力履行合同的真相，骗取对方与自己签订虚假合同。合同签订后，客观上也无力履行合同，应认定行为人有非法占有的目的。二是事后可以取得履行能力的，如果行为人为了取得履行能力进行了积极的努力，即便最后合同无法履行，也不宜认定为合同诈骗，但若行为人对取得履行能力抱着消极的态度不作为，或者完全靠运气，则在实际未能履行的情况下，可初步认定其有非法占有目的。比如市场上有些人从事中转货物赚取差价的生意，从上家赊货后卖给下家，方能偿还上家的货款，其在与上家签合同时，并无资金，可谓无履行能力，但如果其能积极寻找买家谋求差价，则为合法交易，而当其放任市场变化导致最终低价卖出，又不偿还上家货款时，则基本可认定其非法占有目的。

(2)行为人具备履行能力而签订合同。客观上有四种表现可以证明其有非法占有的目的：一是虚假履行，即采用先履行小合同或部分履行合同的方法，通过象征性地履行小合同，先让对方当事人尝点甜头，引其上钩，然后原形毕露，骗取签订更大的合同后不实际履行，侵吞对方财物，来获取更大的非法利益，这就是所谓的“放长线钓大鱼”方法。此种情况，行为人往往最后携款潜逃。二是事后故意或者放任将自己陷于不能履行的状况。比如行为人本来只有与一方履行的能力，却故意在事后又与多方签订合同，导致前合同无法履行，或者放任经营状况恶化而变得无法履行。三是扩大宣传自己的履行能力，签订与自身条件极不相称的合同，并宣称有超高的利润引诱他人签约，最终导致无法履行的，可初步推定其非法占有目的。四是完全不履行，即行为人根本就没有实施履行合同的行为。

3. 非法占有目的产生时间与合同诈骗罪之认定

在无法证明行为人在签订合同之前即存在非法占有目的的情况下，非法占有目的产生时间有两个关键点，一是事中产生，二是事后产生，分析如下。

(1)事中产生非法占有目的。此处的事中产生，应理解为履行合同的过程中，合同对方交付完毕之前。比如合同履行是连续性的、分批次的，在履行了一部分之后，行为人产生了非法占有的故意，则自此之后的货值自然可以认定为合同诈骗，而之前的履行部分，如果已支付对价，不予认定，若尚未支付对价，则可推定其将不再会支付对价，应将前后数额累加认定。司法实践中，产生非法占有故意的节点并不容易证明，一般可以行为人最终占有的数额定。

(2)事后产生非法占有目的。行为人在获取对方给付的财物之后，产生非法占有目的。如果表现为迅速进行非法处置，如转移住址、变卖货物、携款逃匿或将取得的财物用于挥霍、进行其他犯罪活动等，则可以推定出行为人非法占有他人财物的目的。但是，设若行为人没有上述典型表现，而只是不返还，则容易与民法上的躲债行为相混淆。躲债的情况一般是行为人也实施了积极的履行合同行为，但是由于经营不善、意外灭失等客观方面的原因，致使合同无法全面履行，即合同违约，双方发生经济纠纷，一方当事人因此而躲避债务。在客观方面相同的情况下，区别在主观方面想不想还。有观点认为，在合法占有之后，产生非法占有目的，应归入侵占罪。笔者对此不敢苟同。实际上，只要是不支付对价而占有合同相对方财物，该事实的存在即已构成对市场秩序的侵犯，而这并非侵占罪所能评价。侵占罪中的代为保管，一般是相互间信任程度较高的情况，所以刑法规定为自诉案件。而合同来往中，依赖的是市场交易的诚信原则，而非私人间的信任关系，所以即便是合法占有之后转为非法占有，其危害性也远大于普通侵占罪。鉴于目前我国刑法未规定专门的侵害债务犯罪，此种情况仍应纳入合同诈骗罪中评价。2005 年浙江省人民检察院《诈骗类犯罪案件专题研讨会会议纪要》即持这种观点，其中指出：“行为人在签订合同时并无非法占有相对人财物的目的，签订合同后也采取了积极履约的行为，但是在尚未履行完毕时，由于主客观条件发生变化，行为人产生了非法占有对方财物的意图，将对方财物占为己有。此种情况下，行为人的部分履行行为虽然是积极、真实的，但是由于其非法占有的犯意产生在履行合同的过程中，其先前的积极履行行为已经不能对抗其后来的刑事违法性，因而应构成合同诈骗罪。”

4. 法律经济学分析与合同诈骗罪之认定

从根本上说，将合同诈骗行为入罪，是为经济服务的，所以从法律经济学角度对案件进行分析，有利于正确区分界定民事纠纷与合同诈骗，尤其是对某些赖皮行为。法律经济学原理认为，当返回“交易”

的成本较小而返还"交易"的收益较大，被害人调查事实所需费用不大，加害方也有相应的支付能力的情况下，配置惩罚性民事赔偿权利更有效率；而当返还"交易"的成本较大而返还"交易"的收益较小，比如加害人的欺诈程度较重，没有较高的返还财物动机和接受惩罚性民事赔偿意愿，也欠缺相应的支付能力的情况下，调查事实所需费用巨大，配置受刑法保护的权利更有效率。①

试举一案例说明：2006 年，元钊公司以郑某的一处房产作抵押，向某银行贷款 135 万元。2009 年 12 月元钊公司无力偿还贷款，郑的房产面临被拍卖。2010 年 3 月 3 日，郑某为还款，避免房产被拍卖，在郭某介绍下，与卢某达成买卖其房产的口头协议，以 78 万元成交。2010 年 3 月 10 日，卢某在郭某等陪同下将 78 万元打入元钊公司账户，之后银行将被抵押房产解冻。次日，卢某要求郑某过户该房产，郑某借故推脱，后否认达成买卖合意，不愿过户。

该案中，不能证明郑某一开始就有恶意，但从其在卢某履约后的表现来看，其不仅不履行过户义务，而且否认已达成合意，连退还房款的义务也不想承担，可以认为至少从否认达成合意之时起，其已产生非法占有之故意，其占有的是以免除自己担保的债务为形式的 78 万元他人财产，担保债务的免除意味着其取得了财产性利益，而他人则丧失了财产权。如果用法律经济学原理分析，本案可算返回"交易"成本较小而收益较大这一类，郑某否认达成合意的行为，某种程度上就相当于撕毁协议、销毁债务凭证，但是，由于相关证人、书证都在，郑某的认可并不是债权债务关系的唯一证明，也就是说，即便其否认，该债权债务关系仍可以得到相对充分的证明，所以被害人卢某可以用民事途径寻求救济。当然这里有自由心证的因素，假如法官不采信这些证据，或者证据不充分，则郑某对合意的认可将成债务唯一凭证，此种情况下卢某凭自身之力，已无法证明事实，则应引入刑事手段将郑某以合同诈骗论。事实上，浙高法[2002]10 号《关于抢劫、盗窃、诈骗、抢夺借据、欠条等借款凭证是否构成犯罪的意见》中就指出，债务人以消灭债务为目的，抢劫、盗窃、诈骗、抢夺合法、有效的借据、欠条等借款凭证，并且该借款凭证是确认债权债务关系存在的唯一证明的，可以抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪论处。这一规定即是用法律经济学原理分析所得出的判断。

---

① 傅国方：《从财产流转的经济分析论民事欺诈与诈骗犯罪的异同》，载《浙江检察》，2008(9)。

非法集资单位犯罪的认定

傅跃建*

非法集资在国外被称为“庞氏骗局”（Ponzi Scheme），用来描述那种以高资金回报率为许诺，骗取投资者投资，用后来投资者的投资去偿付前期投资者的欺骗行为。① 本文所述的非法集资犯罪指的是现实中最常见的非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。2008 年金融危机爆发以来，由于诸多企业或单位资金链断裂，国内非法集资类案件呈井喷式爆发。其中有轰动全国的吴英集资诈骗案诈骗金额达 7.7 亿元，该案经历了从单位犯罪到个人犯罪的转变，吴英本人也经历了作为本色集团法定代表人身份被告到个人身份被告的转变。司法实践有相当一部分非法集资行为人和吴英一样，办理了完备的工商执照、税务登记等企业手续，在实施非法集资时，也往往以企业的名义借款或担保，对于这些非法集资认定是单位犯罪还是自然人犯罪，直接关系到对该案的定罪量刑，从而成为此类案件争议的焦点和难点。本文就如何认定非法集资中的单位犯罪谈点一管之见，旨在抛砖引玉。

一、区分非法集资犯罪主体的意义及有关判断标准

区分非法集资类犯罪是单位犯罪还是自然人犯罪直接的意义在于定罪数额和量刑轻重不同。根据我国的刑事立法，对非法集资犯罪单位直接责任人员的处罚远远低于自然人，如在集资诈骗罪中，对自然人的起刑点低、最高刑罚可达死刑，而对单位直接责任人员的起刑点高、最高刑罚只有无期徒刑；而是否将单位列为被告还直接涉及能不能判处单位罚金。

一般认为，构成单位犯罪要具备三个条件：一是单位是具有法人资格的主体；二是以单位的名义，代表单位的意志实施犯罪；三是为

---

* 浙江省金华市人民警察学校高级讲师、硕士研究生导师、中国犯罪学学会副秘书长。

① 王开元、施东沂、骆梅婷：《非法集资实证研究》，载《金融法苑》，2010(80)。

单位牟取利益。除了上述三个判断标准外，根据最高人民法院 1999 年 6 月 25 日公布的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定，下列情形应以自然人犯罪论处：(1)个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业、事业单位实施犯罪的，不以单位犯罪论处；(2)公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处；(3)盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依自然人犯罪的规定定罪处罚。

上述法律规定和学说观点为认定单位犯罪提供了判断依据，但在办理非法集资案件中出现了一些法律问题。笔者认为认定非法集资单位犯罪要从具体罪名的构成要件、单位主体资格、单位意志、单位行为、单位利益五个方面进行判断，“以单位名义”实施犯罪不是单位犯罪的必要条件。

二、关于单位主体资格

单位主体的认定存在形式认定和实质认定两种[①]。根据《刑法》第 30 条的规定，公司、企业、事业单位、机关、团体可以成为单位犯罪的主体。司法实践中，对单位的主体认定，一般以工商管理局颁发的法人营业执照为据，在无法提供法人营业执照的情况下，工商行政管理局出具的公司基本情况证明也可以作为单位主体资格的形式认定依据。在单位被撤销、注销、吊销营业执照或宣告破产的情况下，按照单位犯罪的有关规定，对有关责任人员追究刑事责任，对单位不再追诉。

从实质上否定具有形式合法性的单位标准，在现行司法解释中有两条：一是以犯罪为目的而成立的单位；二是单位成立后以犯罪为主要活动的。实践中主要看企业成立后有没有实际的合法经营活动。如许某是 A 公司和 B 公司的法定代表人，少量吸存资金在借款时由 A、B 单位盖章。但从全案看，上述两个公司成立后基本没有正常的经营活动，许某所借资金主要用于个人的高利放贷活动，因此否定了 A、B 公司的形式合法性，以个人犯罪定罪量刑。

此外，实践中从公司的实质合法性上来否定公司形式合法性的情形还有：(1)从单位注册资金或有无独立财产角度进行单位主体有无刑

---

① 《单位犯罪研究》课题组：《上海法院系统审理单位犯罪情况调查》，载《华东刑事司法评论》(第 4 卷)。

事责任能力的判断。有无注册资金是公司法人的成立条件之一。公司以其注册资金对外承担有限责任，公司没有注册资金、没有独立财产，影响到该公司的刑事责任能力。因此，个人以虚假资金注册公司，实质没有任何出资的不能认定构成单位犯罪。(2)名为单位实为个人。有些公司实际为特定一人出资、一人从事经营管理活动，主要利益归属于该特定个人，此时公司不再是一个具有人格化的有机整体，以刑法上的个人论。如徐某开设有C公司，在2008年对该公司进行股份转让，徐某拥有公司10%的股份，利某拥有50%，张某拥有40%。但实际上利某、张某二人是徐某的亲戚，没有出资，也不参与公司的经营管理，因为徐某负债，隧协商转让股份，并达成由利某、张某对外承担一部分债务的口头协议。

三、关于"以单位名义"

司法实践中涉及单位集资的情形主要有三种：一是以企业名义借款，有的还以个人作担保；二是以个人名义借款，由企业担保；三是关联企业互为借款担保人。例如，何某系D公司和E公司的法人代表，除以个人名义借款外，他还以D公司的名义向王某等人借款；以E公司的名义向倪某等人借款；以D公司的名义向蒋某借款，并由E公司担保；以个人和D公司一起的名义向程某借款，并由E公司担保，等等。实际上，被告人在集资过程中以单位名义还是以个人名义借款存在很大的随意性，在被告人掌握多家企业的情况下，以哪家单位的名义借款也同样存在较大的随机性。究其原因，主要是涉案企业均是私营企业，虽然大多以公司的形式存在，但基本没有脱离家族式管理模式，企业资产和个人资产掺杂，难以明确区分，财会制度落后，募集资金通过个人账号还是企业账号走账随意性大，而且绝大多数单位提供自己的账户供被告人收付资金。

鉴此，笔者认为，"以单位名义"不宜作为非法集资单位犯罪的要件之一。实际上，"以单位名义"也难以成为单位犯罪的要件之一。虽然单位犯罪理应以本身单位的名义实施，但是很多案例表现出犯罪单位并没有以自己单位的名义实施犯罪。特别的情况有：冒用其他单位名义实施犯罪，以虚假单位名义实施犯罪，以个人名义实施单位犯罪等。这在走私犯罪中表现得尤为突出。例如，某F公司欲进口缝纫机，委托G公司为代理报关单位。G公司伙同他人采用伪报品名、制作虚假单证等手段，以H公司作为进口合同名义上的货主，帮助F公司偷

逃进口关税 100 万余元。该案中 H 公司是合同当事人和进口申报单位，是“名义”单位，但 H 公司是被冒用的，不是犯罪单位。F 公司是最大的利益得主，是真正的货主，是犯罪单位。因此，是否“以单位名义”借款不应该成为区别个人犯罪和单位犯罪的判断标准之一，即以个人名义或其他单位名义借款也可能构成单位犯罪。

四、关于单位意志

单位意志是单位犯罪的主观要件。实践中的难题在于如何区分单位意志和个人意志。本文试将单位意志的表现形式分为三种：单位集体研究决定、主管人员决定、一般工作人员的行为得到领导认可或默许。

(1)经过股东会、董事会、经理办公会议形成的决定是单位意志。一般根据会议决议、记录、纪要或借据中有全部股东签名的，即可认定为单位意志，但实践中这种“整体性”的集体意志很少见。

(2)法定代表人等主管人员的决定一般可以推定为单位意志。推定的前提是：从单位内部来看，法定代表人、董事长、负责人、总经理等人的意志与履行单位职务有关，意志的形成和目的，都具有履行职务性质；从单位外部来看，出借人有理由认为这些主管人员的意志可以代表单位意志。笔者认为，由董事长、法定代表人、总经理、负责人等单位主管人员加盖单位印章的行为应认定为单位行为，除非有证据证明出借人知道或者应当知道上述主管人员的行为系个人行为而不是单位行为，如借款过程中有单位其他主管人员提出异议等。理由是：加盖单位印章对外即为单位行为，而且出借人也往往是因为看好单位实力和前景而将资金借出，在他们看来上述主管人员完全可以代表单位意志。

(3)判断单位一般工作人员的行为意志是不是单位意志主要看该行为是否得到单位授权。授权有具体的授权和概况的授权。具体的授权包括得到单位主管的授权、指使、同意、默认或追认。如担任 I 公司财务经理的徐某，按照法人代表叶某的指使，以 I 公司的名义向社会公众非法吸收资金 7000 余万元，应认定为单位意志。对概况的授权的判断主要考察岗位职责、职务权限和业务管理上的惯例等，一般工作人员在概括授权范围内的行为意志是单位意志，超出概括授权的行为意志不是单位意志。

五、关于单位行为

单位犯罪的行为具有业务性，一般由单位内部多人完成。刑法将单位犯罪主体规定为单位和单位内的直接负责的主管人员和直接责任人员。对单位犯罪行为的考察也可以集中到对直接负责的主管人员的犯罪行为和直接责任人员的犯罪行为的考察。

"直接负责的主管人员"一般是单位内具有一定行政职务身份的人，而且涉案的单位犯罪行为属于其主管、分管的业务范围内。直接负责的主管人员的犯罪行为一般表现为指挥、同意、默认或直接实施等。

"直接责任人员"一般是犯罪单位内的职工、业务员，在履行工作或业务时，直接操作实施犯罪行为。在单位犯罪行为的分工上，单位内部人员实施什么具体犯罪行为一般由个人的工作岗位性质决定或单位领导安排分配，个人在犯罪中所起的作用大小与个人主观意志或恶意没有必然的直接的联系。因此，单位犯罪中直接责任人员的犯罪行为具有分配性、岗位性和业务性，这决定了不能将凡是参与实施了业务犯罪的单位职员都认定为直接责任人员。只有那些主观上具有较大主动性积极性、客观上在单位犯罪中起主要作用的直接责任人员需要承担单位犯罪的刑事责任。

六、关于利益归属单位

利益归属个人还是单位，是区别个人犯罪还是单位犯罪的关键标准。但实践中存在的普遍情形是部分集资款用于单位，部分用于个人，那么单位所得占集资款的多大比重可以追究单位责任？一般认为违法所得大部分归单位所有才构成单位犯罪。如果集资款用于单位的比例很小，即便绝对数很大，也不认定为单位犯罪。如叶某系J公司的法定代表人，拥有该公司70%的股份。他以个人或J公司名义向30多人非法集资5000余万元，其中用于公司厂房建设等约1000万元，高利转借他人3000余万元，支付借款利息约1000万元。公诉人认为本案集资款大部分由个人用于转借他人高利贷，而非用于生产经营，其非法集资的主要目的不是为了单位利益，因此不构成单位犯罪。

笔者认为，本案中单位犯罪和个人犯罪交织，应分别定罪处罚。J公司构成非法吸收公众存款单位犯罪，数额1000万元，叶某是J公司的法人代表，要对其判处刑罚；同时叶某构成非法吸收公众存款罪，

数额4000万元。即对叶某的个人行为和代表单位实施的行为分别定罪，实行数罪并罚。理由是：单位内部成员的身份具有双重性：他们既是单位中的成员，服从于单位的格体意志和利益，在此情况下他们是单位的代表者、单位的决策者，他们的思想、意志、行为属于单位；同时，他们也是社会生活中独立于单位的个体，具有自己独立的意志和行为，在此情况下，他们的思想、意志、行为仅是自己的。这种身份的双重性直接决定了他们的行为本身可能存在的双重性特征：既可能是单位行为的组成部分，又可能是个人的行为。①

综上所述，非法集资类单位犯罪的构成要件包括具体罪名的构成要件、单位主体资格、单位意志、单位行为、单位利益五个方面，“以单位名义”并非单位犯罪的要件之一。符合非法集资具体罪名的构成要件、单位适格、体现单位意志、实施单位行为、利益归属单位的，应当认定为非法集资单位犯罪。利益归属单位是认定非法集资单位犯罪的关键，同时也作为推定单位意志的辅助条件。办案中要注意贯彻惩办少数、教育多数的刑事政策，将单位犯罪的主管人员和起主要作用、主动自觉的实行犯纳入治罪范围。在单位犯罪和个人犯罪交织的非法集资案件中，要对主管人员代表单位实施的非法吸收公众存款犯罪行为，按单位犯罪追究其刑事责任；而对其个人实施的非法吸收公众存款犯罪行为，则按自然人犯罪追究其刑事责任；再实行数罪并罚。

---

① 刘宪权、吴允锋：《侵犯知识产权犯罪理论与实务》，北京：北京大学出版社，2007，第138～139页。

集资诈骗罪司法问题探析

鲁冠南[*]　蒋　娜[**]

集资诈骗犯罪是市场经济条件下资金与发展之间矛盾的产物，作为头号的金融犯罪形式，在金融诈骗罪的体系中占有重要地位。受全球金融危机的影响，近年来，我国各地集资诈骗案件频繁发生，手段翻新，严重破坏了社会和金融秩序。[①] 2010 年 11 月 22 日最高人民法院发布《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)，弥补了现行刑法关于集资诈骗罪认定方面存在的不足。根据我国《刑法》第 192 条规定，本罪的罪状表述为"以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大"的行为。诈骗方法、非法集资、数额较大是集资诈骗罪客观要素的基本内容。非法占有的目的则是集资诈骗罪的主观要素。

一、集资诈骗罪的特征

(一)集资诈骗罪的主体特征

集资诈骗罪的主体是复杂主体，既包括达到刑事责任年龄又具有刑事责任能力的自然人，也包括单位，都可以构成本罪的主体。对于自然人而言，根据《刑法》第 17 条、18 条的规定，只要行为人年满 16 周岁，并且具有刑事责任能力，就可以成为本罪的主体，对于单位而言，根据我国《刑法》第 30 条和第 200 条的规定，公司、企业、事业单位、机关、团体都可以成为本罪的主体。"自然人主体和单位主体既可以分别单独犯罪，也可以相互勾结共同犯罪，即自然人与单位可以共同犯本罪，单位与单位也可以共同犯本罪。"[②]

从司法实践的情况看，集资诈骗行为多是以单位的名义实施的，

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授。

① 何德辉：《集资诈骗罪认定的难点及对策》，载《甘肃行政学院学报》，2010(5)。

② 高铭暄：《新型经济犯罪研究》，北京：中国方正出版社，2000，第 850 页，第 868 页。

即使是自然人犯本罪也多无例外。究其原因，以单位名义实施的各种社会活动，特别是以国有或者集体单位名义在经济领域内组织、参与、号召、具体执行的各种名目的经济活动，更具有亲和力和可信性，如果单位实施的是违法犯罪行为，也更容易使不知实情、盲目听信的人受骗上当。虽然这类案件多是以单位名义实施的，但自然人犯罪与单位犯罪毕竟不同。正确认定案件的主体性质，关键在于准确认定犯罪行为所体现出的是个人的意志还是单位的意志。对于受个人意志支配而实施的集资诈骗行为，只能按照刑法中有关自然人犯罪的规定处理；对于受单位整体意志支配而实施的集资诈骗行为，则应当按照刑法关于单位犯罪的规定处理。

(二)集资诈骗罪的主观方面特征

集资诈骗罪的主观方面是直接故意，并且具有非法占有集资款的目的，即行为人明知自己的行为会发生破坏金融管理秩序和侵犯他人财产所有权的危害后果，而仍然希望这种结果发生的心理态度。间接故意和过失不能构成本罪，因为我国《刑法》第 192 条对本罪有明确规定，即本罪要以“非法占有”为目的，为了达到占有集资款的目的，行为人不可能对集资后果抱有放任的态度或者对集资事实存在疏忽大意等模糊的认知。[①]

“直接故意”，在本罪中的表现为行为人明知自己以诈骗方法非法集资的行为，将会出现侵犯他人财产所有权和破坏国家金融管理秩序的危害后果，并且希望这种危害后果发生的心理态度。

关于非法占有目的的认定问题。《解释》第 4 条规定，使用诈骗方法非法集资，具有下列情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”：(1)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；(2)肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；(3)携带集资款逃匿的；(4)将集资款用于违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；(7)拒不交代资金去向，逃避返还资金的；(8)其他可以认定非法占有目的的情形。一般来说，“以非法占有为目的”，是指行为人在主观上具有将非法募集的资金占为己有的目的。也可以说，行为人通过实施的诈骗行为，使投资者的财产脱离投资者的实际、有效的控制，而为集资诈骗犯罪分子所支配。不具备这个主观目的的行为，不构成本罪。尽管“以非法占

① 李娜：《集资诈骗罪构成要件探析》，载《广西社会科学》，2005(10)。

有为目的”是行为人的主观心理态度，但是通常要通过一定的外在表现展示出来。司法实践中，可以参照《解释》的有关规定，结合案件的具体情形加以认定，

(三)集资诈骗罪的客体特征

本罪侵犯的客体是复杂客体，即投资者的财产所有权和国家的金融管理秩序。(1)集资诈骗罪侵犯了投资者的财产所有权。实施诈骗罪的最终目的是非法占有被骗者的财产。因此，集资诈骗罪的行为人采取欺骗手段，以高利率为诱饵，骗取投资者的投资款的目的，也是要非法占有投资款。(2)集资诈骗罪严重破坏了国家的金融管理秩序。国家坚决禁止非法集资的行为，防止因非法集资而形成新的影响社会稳定的因素。①

(四)集资诈骗罪的客观方面特征

集资诈骗罪在客观方面表现为“使用诈骗方法非法集资数额较大”的行为。

1. 行为人实施了非法集资的行为

根据《解释》违反国家金融管理法律规定，向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为非法集资：(1)未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；(2)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；(3)承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；(4)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。我们通常认为“集资”，是指公司、企业、个人或者其他组织经过中国人民银行及国家其他有关部门的批准，按照法律、法规通过正当渠道，向社会公众或者集体募集资金的行为。“非法集资”，是指法人、其他组织或者个人，未经有关机关批准，向社会公众募集资金的行为。从目前的实际情况看，非法集资行为大体可以分为两类：一是违反公司法或者其他法律、法规的规定，非法行为各种债券、股票的集资行为。这种行为通常是由合法设立的公司或者其他企业以本单位的合法身份为掩护实施的。二是通过组织“抬会”、开设地下钱庄吸收公众存款。

2. 行为人在集资过程中采用诈骗的方法

传统的诈骗方法包括虚构事实和隐瞒真相两种。就集资诈骗罪而

---

① 赵秉志主编：《金融诈骗罪》，北京：中国人民公安大学出版社，2003，第19页。

言，参照《解释》的有关规定，“诈骗方法”是指行为人采取虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，骗取集资款的手段。“虚构集资用途”一般表现为，行为人虚构客观上并不存在（实际主观上也没想让它存在）的企业或者企业发展计划，以此来表明集资用途，而且集资用途往往限定在投资少、见效快、收益高的项目上，对投资者的诱惑力更大。

3. 数额必须较大

数额较大是区分罪与非罪的界限，只有达到此标准的集资诈骗行为才能认定为犯罪。关于数额的确认，有的学者把它分为四类：一是指向数额，是诈骗犯罪所指向的公私财产数额，即行为人主观上希望骗得的数额；二是所得数额，即犯罪人通过实施诈骗行为实际得到的财产数额；三是交付数额，是诈骗行为的受害人由于受骗而实际交付的财产数额；四是侵害数额，是诈骗行为直接侵害的实际价值额。① 根据《解释》第 3 条规定，非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算，案发前后已归还的数额，可以作为量刑情节酌情考虑。非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金可以免予刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。第 5 条规定，个人进行集资诈骗，数额在 10 万元以上的，应当认定为“数额较大”。单位进行集资诈骗，数额在 50 万元以上的，应当认定为“数额较大”。我们把集资所得数额理解为整个集资活动中累计发生的集资资金总额，减除集资过程中集资人收取但已经归还给出资人的款项而剩余的那部分数额，即赞同所得数额应包括案发时行为人实际得到的财产数额以及行为人虽未实际控制、但已在集资诈骗过程中用作活动费用或其他非法用途的集资款项。

二、集资诈骗罪的司法认定

司法实践中准确认定和处理集资诈骗罪，对于有力打击集资诈骗犯罪活动，维护国家金融管理秩序的稳定，具有重要的意义。从司法实践中反映出的问题看，认定集资诈骗罪应当注意以下几个问题。

（一）罪与非罪的界限

有些地方对集资诈骗罪的构成缺乏明确的认识。一种倾向是将民事纠纷作为刑事案件来对待。典型的情形有：企业主由于生产经营的

---

① 赵秉志：《侵犯财产罪研究》，北京：中国法制出版社，1998，第 253～254 页。

需要而向特定的物件集资，后因经营不善不能兑现承诺的利息或红利，甚至导致血本无归，此时由于涉案的对象众多，社会影响大，有些地方容易以影响社会稳定为由而将此当做刑事案件来对待；另外一种倾向是集资诈骗犯罪作为非法吸收公众存款犯罪来对待。由于该两罪的主要区别在于主观故意，而主观上的东西往往很难用证据形式证明，并且集资诈骗罪存在一个追偿返还被害人损失的问题，因此有些地方往往将集资诈骗案件弱化为非法吸收公众存款案件处理。特别是在金融危机的形势下，这种弱化处理有时甚至被披上保护企业的外衣。①

正确区分集资诈骗罪与非罪的界限，应当着重把握两点：第一，行为人客观上有无集资诈骗的行为。构成集资诈骗罪，行为人在客观上必须有“使用诈骗方法非法集资数额较大”的行为。如果行为人没有集资经营办企业的条件和能力，而是以集资经营办企业为名，将集资物移作他用或者供自己挥霍，根本不打算偿还的，应认定为集资诈骗罪。反之，如果行为人确实为了经营办企业而集资，所集资金也确实用于经营办企业，但是由于经营管理不善或者市场行情变化等客观因素，导致亏损负债，无力偿付集资本息，甚至为躲债外出，避而不见债权人的，由于行为人客观上没有“使用诈骗方法非法集资数额较大”的行为，所以不能认定为集资诈骗罪行为。第二，集资诈骗罪的数额是否达到刑法规定的应当追究刑事责任的标准。诈骗数额是反映集资诈骗行为社会危害性的一个具体的量化指标，当然也是划分集资诈骗罪与非罪的主要标准。对于诈骗数额达到较大标准的集资诈骗行为，应当依法追究其刑事责任；对于诈骗数额没有达到较大标准的集资诈骗行为，则不能定罪处罚，而应当给予相应的行政处理。

（二）集资诈骗罪与非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款罪的界限

集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪各有其犯罪特征和构成要件，从严格意义上来讲，容易区分，但由于两罪在客观上都有非法募集资金的性质，而且在实践中，许多非法吸收公众存款人因为各种客观原因不能归还存款，在主观上都是故意的，主体也都是一般主体，因此，两罪极容易混淆。但是两罪之间还是存在本质差别的。

第一，犯罪的目的不同。集资诈骗罪的犯罪目的是非法占有所募集的资金；而非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款的犯罪目的则是企图通过吸收公众存款的方式进行盈利，在主观上不具有直接占有

---

① 何德辉：《集资诈骗罪认定的难点及对策》，载《甘肃行政学院学报》，2010(5)。

非法吸收到的公众存款的目的。这一区别也是两罪的本质区别。第二，犯罪行为方法不同。集资诈骗罪的行为人必须使用诈骗的方法，也就是行为人只有使用虚构事实、隐瞒真相等诈骗方法的，才能构成犯罪。第三，侵犯的客体不同。集资诈骗罪犯罪是双重客体；非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款罪侵犯的客体，主要是国家的金融管理秩序。

(三)集资诈骗罪与诈骗罪的区别

《刑法》第266条规定的诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。从犯罪构成来看，集资诈骗罪具有诈骗罪的一般属性，可以包含在广义的诈骗罪概念中，但因其自身特点有的属性，与诈骗罪又有区别：第一，二者侵犯的客体不同。诈骗罪侵犯的客体是单一客体，即公私财物的所有权关系；而集资诈骗罪侵犯的客体是复杂客体，不仅包括公私财产的所有权关系，而且包括国家正常的金融管理秩序。第二，二者侵犯的对象不同。诈骗罪侵犯的对象一般是特定的，是针对某一特定人员的金钱或者财物；集资诈骗罪侵犯的对象则是不特定的，是指向社会不特定的公众的金钱或者财物。第三，犯罪行为不同。诈骗罪的行为通常是行为人通过隐瞒自己行为的真实意图，编造虚假的情况，使财物所有人或者保管人信以为真，以达到使他人的财物归自己占有的目的；而集资诈骗罪的行为不仅要有诈骗的方法，而且还要具有非法向社会集资的行为，如果没有实施非法集资的行为，则不构成集资诈骗罪。第四，犯罪主体不同。诈骗罪的犯罪主体只能由自然人构成；而集资诈骗罪的主体既可以由自然人构成，也可以由单位构成。

集资诈骗罪与制作虚假的招股说明书、认股书、公司债券募集办法发行股票或者公司债券罪，与未经批准擅自发行股票、公司债券罪的关系，适用正确的处罚原则。集资诈骗罪往往牵涉到上述两种公司违反规定擅自发行股票、公司债券罪定罪处罚，或者实行数罪并罚？笔者认为应适用牵连犯的原则从一重处，而不实行数罪并罚。

三、集资诈骗罪的刑罚适用

按我国刑法典规定，集资诈骗罪的刑罚幅度根据数额较大，数额巨大或者有其他严重情节、数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失。

(一)关于"数额"问题

1."数额较大"的集资诈骗罪的刑罚适用

根据《刑法》第192条规定，对于使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金。(1)"数额较大"，是指行为人实施了集资诈骗行为，诈骗数额达到较大标准的才能定罪处罚，如果诈骗数额没有达到较大标准，则不能给予其刑罚处罚。具体的数额认定标准，根据最高人民法院的司法解释，个人进行集资诈骗数额在10万元以上的，应当认定为"数额较大"。单位进行集资诈骗数额在50万元以上的，应当认定为"数额较大"。(2)"并处罚金"是指人民法院在对集资诈骗罪的犯罪适用自由刑时，应当注意同时判处罚金刑，以发挥经济处罚的作用。罚金刑的量刑幅度为2万元以上20万元以下。

2."数额巨大或者有其他严重情节"的集资诈骗罪的刑罚适用

根据《刑法》第192条的规定，对于集资诈骗数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。(1)根据《解释》，个人进行集资诈骗数额在30万元以上的，应当认定为"数额巨大"。单位进行集资诈骗数额在150万元以上的，应当认定为"数额巨大"。(2)"其他严重情节"的认定。参照司法实践中的一些通常的认定标准，"其他严重情节"的具体情形应当包括以下几种：集资诈骗造成恶劣社会影响；造成巨大经济损失；致使投资者死亡、精神失常或者其他严重后果等。(3)应当依法并处罚金，罚金刑的量刑幅度为5万元以上50万元以下。

3."数额特别巨大或者有其他特别严重情节"的集资诈骗罪的刑罚适用

根据《刑法》第192条的规定，对于集资诈骗罪"数额特别巨大或者有其他特别严重情节的"，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。(1)根据《解释》，个人进行集资诈骗数额在100万元以上的，应当认定为"数额特别巨大"。单位进行集资诈骗数额在500万元以上的，应当认定为"数额特别巨大"。(2)"其他特别严重情节"的认定。"其他特别严重情节"的具体情形应当包括以下几种：集资诈骗造成特别恶劣社会影响；造成特别巨大经济损失；致使多名投资者死亡、精神失常或者其他特别严重后果等。(3)与这一档自由刑对应的附加刑有两种，即罚金和没收财产。根据刑法的规定，上述两种附加刑之一的刑罚应当同自由刑一同判处，但究竟是并处罚金还是并处没收财产，应当根据案件的具体情况而定。如果判处并处

罚金刑的话，罚金刑的量刑幅度为5万元以上50万元以下。

4.“数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失”的集资诈骗罪的刑罚适用

根据《刑法》第199条的规定，对于集资诈骗“数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失”的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。(1)“数额特别巨大”的认定标准，前已涉及，不再赘述。(2)“给国家和人民利益造成特别重大损失”的认定。对此问题，尚无明确的司法解释予以规定。依笔者之见，这里提到的“特别重大损失”不应仅仅局限于经济损失，即有形损失，还应包括无法量化的损失，如破坏了国家的金融形象、严重扰乱了金融管理秩序、阻碍了国家金融政策的执行等。(3)法定最高刑为死刑。对使用死刑的条件必须从严格掌握，不能滥用。只有对那些集资诈骗“数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失”，才能判处死刑。(4)应当依法并处的附加刑是没收财产刑，至于是没收全部财产还是部分财产，刑法没有明确规定，应当根据案件的具体情形而定。

(二)单位犯集资诈骗罪的刑罚适用

根据《刑法》第200条的规定，单位犯集资诈骗罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。这里需要特别注意的问题是，单位犯集资诈骗罪没有死刑，即对犯罪单位直接负责人员和其他直接责任人员判处的法定最高刑为无期徒刑。

(三)“共同犯罪”的认定和处罚问题

司法实践中，对于行为人两人以上共同故意非法占有为目的，并互相配合使用诈骗方法非法集资，且数额达到定罪标准的，应认定构成“共同集资诈骗犯罪”。根据《解释》规定，非法集资共同犯罪中部分行为人具有非法占有目的，其他行为人没有非法占有集资款的共同故意和行为的，对具有非法占有目的的行为人以集资诈骗罪定罪处罚。因此，对共同集资诈骗人适用刑罚时，应当以行为人参与共同集资诈骗的数额认定其犯罪数额，并应结合行为人在共同犯罪中的地位、作用和集资诈骗所得的数额等情节裁量刑罚，以罚当其罪。

经济领域中合同诈骗罪司法问题研究

段丽荣*

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，以虚构事实或隐瞒真相的办法，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。合同诈骗罪是一项违反国家市场经济管理法规，干扰国家对市场经济的正常管理工作，损害社会主义市场经济正常运行和发展的违法犯罪活动，其所侵犯的客体是对方当事人对财物的所有权、国家对市场经济的正常管理及正常运行的社会主义市场经济秩序。从犯罪对象的角度看，合同诈骗罪所直接作用的是合同对方当事人数额较大的财物。我国刑法将合同诈骗罪，纳入分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪之中的第八节扰乱市场经济秩序罪一节中，充分表明合同诈骗罪是一项破坏社会主义市场经济秩序性质的经济犯罪。

一、合同诈骗罪的构成特征

(一)合同诈骗的主体为一般主体

合同诈骗罪发生在经济合同的签订、履行过程中，其犯罪主体要求行为人必须是经济合同的当事人，却不以特殊的身份作为构成要件，为一般主体，包括自然人主体和单位主体。对于自然人来说，凡是达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均可以成为本罪的主体。对于单位来说，根据我国《刑法》第30条和最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的相关规定，单位主体既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。但个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。① 盗用单位名义实施犯罪，违法所得由

---

* 河北省承德市人民检察院党组书记、检察长。

① 徐晓荣：《合同诈骗罪的理论与司法实践》，载《法治与社会》，2010(5)。

实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。同时单位犯合同诈骗罪还必须具备以下两个条件：一是单位主管人员或直接责任人员对该单位在对外交往中的诈骗行为是明知的默许或指使；二是非法所得归单位所有或基本上归单位所有。

(二)合同诈骗罪的客体是复杂客体

它侵犯的对象是国家对合同的管理制度、诚实信用的市场经济秩序和合同当事人的财产所有权。

(三)合同诈骗罪的主观方面

主观方面由直接故意构成，且必须以“非法占有”为目的刑法规定的合同诈骗罪的几种客观行为与“非法占有目的”这一主观要素密不可分。合同诈骗罪的主观方面表现为直接故意，并具有非法占有他人财物的目的。具体来说，即行为人明知自己的行为是在骗取他人的财物，但出于“非法占有”的目的，积极追求犯罪结果的发生。非法占有他人财物并不限于自己占有，还包括第三人占有。对于合同诈骗罪的主观方面必须注意以下两点。一是如果行为人在主观上没有诈骗的故意，而是因为客观原因，导致合同不能履行或不能完全履行时，则不能以合同诈骗罪论处。二是“非法占有”的本质在于占有的非法性，即占有财产的手段是非法的诈骗。关于“非法占有”的目的，即行为人为什么要签订合同骗取他人财产，属于犯罪的动机问题，其行为的“目的”是希望或追求非法占有他人财物。因而“非法占有”的目的既包括行为人为本人意图非法占有他人财物，也包括为单位或第三人而“非法占有”他人财物。

(四)合同诈骗罪在客观构成上的表现

行为人在合同的签订、履行过程中采取虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取了对方当事人数额较大的财物。

二、合同诈骗罪中“合同”的认定

《刑法》第 224 条之合同诈骗罪与其他诈骗罪，尤其是《刑法》第 266 条之诈骗罪的关键区别就在于行为人是否利用了“合同”这种形式，因此如何理解《刑法》第 224 条之“合同”对于认定合同诈骗罪至关重要。

(一)合同诈骗罪“合同”的性质

目前我国刑法学界对合同诈骗罪“合同”的界定主要有两种观点：第一种观点认为，合同诈骗罪的合同应当是指经济合同，这与《刑法》中合同诈骗罪的结构安排，即第三章第八节，扰乱市场秩序罪规定的

合同诈骗罪的发生领域、主体及属性都是一致的。第二种观点认为，从微观角度而言，合同诈骗罪之“合同”范围应当包含：(1)《合同法》所规定15种有名合同中的买卖合同；供用电、水、气热力合同；借款合同(指非金融机构借款合同，因为利用金融机构借款合同进行诈骗的应定为贷款诈骗罪而非合同诈骗罪)；租赁合同；融资租赁合同；建设工程合同；运输合同；技术合同；保管合同及仓储合同(保管合同及仓储合同成为合同诈骗罪之“合同”是指行为人具有《刑法》第224条第一项及第四项所规定行为人收受对方当事人给付的预付款或订金后逃匿行为时，才能成为合同诈骗罪之“合同”。其他行为有可能构成侵占罪)；委托合同；行纪合同；居间合同。(2)其他法律法规所调整的平等主体之间所签订的某些民事合同。结合刑法典对于合同诈骗罪的规定，笔者认为，合同诈骗罪中的合同应当具有以下几个特征，能够满足以下特征的合同，都能成为合同诈骗罪中的合同。

1. 经济性

合同诈骗罪是目的犯，行为人的犯罪目的是骗取他人的财物，行为人的犯罪手段是通过与他人签订与财产有关的合同，在签订履行这种以财产为内容的合同过程中骗取合同约定的由对方当事人交付的货物、货款、预付款，或者定金以及其他担保财物。行为人签订的合同必须具有财产关系，如果行为人签订的合同不具有财产关系内容，即使行为人骗取了他人的财物，该合同也不是合同诈骗罪中的合同，其行为也不能定为合同诈骗罪，而应当定性为普通诈骗罪。

2. 市场性

合同诈骗罪发生在经济领域的市场主体之间，往往借助交易关系等来实现。我国刑法分则将合同诈骗罪规定于第三章破坏市场经济秩序罪的第八节“扰乱市场秩序罪”之中，因此合同诈骗罪的合同必须是存在于市场活动中，从而被犯罪分子利用扰乱市场秩序的合同。首先，该合同必须确认商品交换关系，没有约定商品交换内容的合同不是合同诈骗罪的合同。其次，该合同必须在市场交易的过程中签订、履行。如果该合同与市场交易无关，则不是合同诈骗罪的合同。最后，该合同必须是双务、有偿合同，能够体现市场的交换特征。

3. 应受刑法保护性

不是所有具有法律意义的合同都受刑法保护，比如劳动合同、行政合同等。合同诈骗罪的合同是被犯罪行为人利用以骗取他人财物的手段。也就是说，犯罪行为人通过与他人签订、履行合同这一表面上合法的形式，来达到骗取他人财物的目的，合同在此是犯罪方法或犯

罪手段，而且这种犯罪方式或犯罪手段是构成合同诈骗罪的必要要件，不是构成该罪的选择要件。因此从刑法意义上讲，合同诈骗罪中的行为人利用合同的情节轻重应该是能够体现其社会危害性的。

(二)合同的形式

显然合同诈骗罪的合同包括书面形式，但是否还包括口头合同，从理论界到实务界存在着肯定说和否定说两种观点。有学者认为合同诈骗罪中的合同包括口头合同，也有学者认为合同诈骗罪中的合同排除口头形式。由于没有一个明确的司法解释或指导性意见，司法实践中对口头合同能否成为合同诈骗罪中的合同，亦有不同看法。有的地方公、检、法三家均认可合同诈骗罪中合同的形式包括口头合同，有的地方公、检、法三家对于合同诈骗罪中合同的形式是否包括口头合同存在分歧意见，因此导致在对案件事实无争议的情况下，对行为的性质认定存在分歧。

笔者认为，合同诈骗罪中的合同应当包括口头合同。首先，在经济活动中客观上存在着口头合同。在某些领域，口头合同甚至占有相当大的比例，毕竟口头合同具有订立方便迅捷，效率高等优势。因此在经济交往中利用口头合同实施诈骗的行为，同样扰乱了市场秩序，以诈骗罪来认定不足以全面体现该罪对刑法保护法益的侵害，以及该行为的社会危害性，应以合同诈骗罪定罪并进行打击，才能充分保护市场经济的发展。其次，实践中常常出现双方最初进行的几笔交易均订立书面合同，而后行为人产生犯罪故意，其先利用书面合同进行诈骗，在未被对方察觉之时，又以口头合同继续行骗，对行为人数次诈骗行为均应以合同诈骗罪定罪。如果我们将合同诈骗罪排除口头形式，则对上述行为要分别处理，即前期行为定合同诈骗罪，后期行为定诈骗罪，这样对明显属同种性质的行为定不同罪名且要数罪并罚，有违刑法的统一性且徒劳增加了司法的复杂性。最后，原《经济合同法》规定经济合同除即时清结者外，应当采用书面形式。而现行《合同法》规定当事人订立合同有书面形式、口头形式和其他形式。因此，从合同法的发展来看，明显地反映出合同从重形式到重意思的发展趋势。综上所述，刑法作为实体法其所规定的合同诈骗罪中的合同更多强调的是合同内容，即体现着市场交易、财产流转的实质内容，故不应对合同形式有过多的限制。因此笔者认为合同诈骗罪的合同形式包括书面、口头形式。

(三)合同诈骗罪之合同的对象

合同诈骗行为因其侵犯对方当事人的公私财产所有权，进而破坏

市场交易秩序，因而一般认为合同诈骗罪的对象与大多数财产犯罪一样都是公私财物，即公私财产所有权的物质表现①。然而，并非所有的财物都能成为该罪的侵犯对象。

笔者认为，合同诈骗罪中合同指向的对象包括：第一，动产。包括有形财产和无形财产，这些可以成为合同诈骗罪的对象一般不存在争议。第二，不动产。尽管实践中，利用合同骗取不动产的案例少有发生，但是理论上并不能排除该种情形的存在，“诈骗行为人的目的重在排除他人对于其物之支配，而移至于自己或第三人之支配下，其行为之本质，在于移转其物之支配，并不以移转其物或变动其物之处所为必需”②。比如，行为人通过签订合同的方式骗取对方当事人的房屋产权证，并采用欺骗的手段将其更名过户，将房产卖给他人后携款潜逃。这种情况下，行为人的行为完全符合合同诈骗罪的基本特征，构成合同诈骗罪。第三，非法所得。非法所得是行为人通过违法或犯罪途径取得的财物，就这种财物的实际占有关系而言，或者是对财物所有人所有权的侵犯，或者是对国家财产所有权的侵犯，其背后的权属关系由案件具体情况决定。但是无论如何都是对公私财产所有权的侵犯，所以行为人的财物，无论是合法的还是非法的，均可以成为合同诈骗罪的对象。③

需要指出的是，有一些特殊物品不能成为合同诈骗罪中合同的对象，具体包括：第一，知识产权。知识产权包括专利权、商标权、著作权和专有技术。以欺骗的手法骗取专利权、商标权、著作权、专有技术，不能构成合同诈骗罪，而构成相应的侵犯知识产权犯罪，即假冒专利罪、假冒商标罪、侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪。第二，违禁品。违禁品是禁止公民私自留存、使用的物品，如枪支、弹药、爆炸物、毒品等。对于违禁品，我国法律禁止任何组织或个人私自非法拥有，也禁止自由流通。所以对于通过签订合同的方式骗取的违禁品，因为其没有破坏市场交易秩序，不能构成合同诈骗罪，只能认定为诈骗罪。第三，财产性利益。财产性利益是指能够满足人物质或精神需要的、可用货币衡量的、能够移转的、可以管理的、通过某种媒介表现出来的价值存在，是财物以外的有财产价值的利益，包括劳务、技

---

① 李玲：《浅议合同诈骗罪的对象》，载《吉林省教育学院学报》，2006(3)。

② 陈朴生：《谈财产犯罪之保护法益》，载《刑事法杂志》，2005(4)。

③ 高铭暄、王作富主编：《中国惩治经济犯罪全书》，北京：中国政法大学出版社，1995。

术、演艺等。实践中，常发生用人单位许以优厚报酬招雇员工，却拒绝支付报酬的情况。笔者认为，不宜把骗取劳务视为合同诈骗罪的对象，否则有悖于刑事立法的本意。实践中，对骗取劳务等财产性利益的行为多通过民事、行政途径解决。

三、合同诈骗罪主观方面的认定

（一）“非法占有目的”的界定

“非法占有目的”是犯罪人的主观意图，是一种抽象无形的心理状态。诈骗类犯罪具有隐蔽性，行为人往往采用多种方式掩盖其犯罪意图，案发后多百般狡辩，因此要把握此类犯罪人的主观心理就更加困难。本着“主观见之于客观”的原则，合同诈骗罪的“非法占有目的”往往要通过客观行为来推断。实践中在具体处理案件时，要综合以下几个方面把握：行为人在签订合同时是否有实际履行能力；行为人是否采用了虚构事实、隐瞒真相的欺诈手段；行为人在签订合同后是否如约履行合同或为履行合同积极努力；行为人对于对方给付的财物如何处置；行为人未能履行合同义务的原因；行为人在违约后的表现等。在上述几个方面的表现中，最能直接体现行为人是否有诈骗故意的就是“是否采用欺诈的手段”。因为其他方面的标准往往是在行为人收受财物之后的行为，如果行为人没有实施任何诈骗的手段，那么通常合同就是生效的，对方交付财物、行为人获取财物往往就有合法的依据。因此上述几个判断主观故意的根据中，笔者认为，行为人是否采用欺诈的手段是首要的不可缺少的标准，其他方面都是次要的辅助性判断标准。因为行为人没有采用欺诈手段就难以认定被害人是否是基于陷入错误而自愿交付财物。[①] 所以在对合同诈骗罪行为人的主观故意进行界定时，必须要结合行为人是否采用欺诈手段这一最根本直观的判断准则，并结合案件的其他情况综合判断。

（二）犯罪故意产生的时间

关于本罪的犯罪故意何时产生，存在着不同的观点：有学者认为，合同诈骗罪的直接故意应当包括事前故意和事中故意。有学者认为，合同诈骗罪的犯罪故意只能产生在签订合同时或之前。[②] 有学者认为，在对方给付财物之前，如果行为人产生非法占有目的并积极实施欺诈

① 徐立、周铭川：《试论合同诈骗罪的本质》，载《律师世界》，2002(11)。

② 吴巍、黄河：《合同诈骗罪犯罪故意形式新论》，载《国家检察官学院学报》，2000(4)。

行为诱使对方给付财物的，则有可能构成诈骗犯罪，因为可能对方并不是基于对原合同有效性的信赖而主动按照合同履行义务，而是因欺诈而陷入错误认识作出财产处分的。笔者认为，合同诈骗罪中，诈骗故意产生的时间条件应当是在合同签订之前、之时或者是合同履行过程中被害人交付财物之前。对于前者，无论理论界还是实务界通常都不会产生异议，对于后者，有学者认为如果在合同签订之后产生犯罪故意，由于合同此时已经生效，因此行为人的行为是一种违约，与合同诈骗罪无关，笔者对此不能认同。行为人虽然在签订合同之时没有诈骗的故意，但不排除合同订立存在瑕疵的情况，如甲在签订合同时为了揽下工程，采用了欺诈的方式，但其并不具有犯罪的故意，在合同履行的过程中甲产生了诈骗犯罪的故意，乙看出其中的破绽，甲为了不使事情败露，借用他人的设备，虚构自己的履约能力，促使乙交付预付款，最终甲将乙的预付款骗取到手。在此情形下，行为人在合同签订前无诈骗的故意却采用了欺诈手段，此时合同处于一种效力待定的状态，分析此案，这个合同实际上是有瑕疵的，根据法律的规定属于可撤销合同，合同当事人乙意识到对方在签订合同过程中采用欺诈手段时，其完全可以行使撤销权使合同归于无效，但是因为甲在合同签订之后产生犯罪的故意，用他人的设备作担保，使对方陷于错误，之后被害人并不是基于合同而进行了交付行为，而是因为受蒙骗不行使撤销权，并且陷入错误，进而作出了处分财物的行为。此时对甲的行为不能简单地理解成一种恶意违约，其行为符合合同诈骗罪的特征，构成合同诈骗罪。此外也不能认为合同诈骗罪的犯罪故意可以在合同履行的各个阶段产生，很明显如果在合同一方当事人依约进行了相应的给付后，行为人才产生犯罪的故意，此时由于占有财物有合法依据，不构成合同诈骗罪。根据相关情况，可以以侵占罪定罪或作其他处理。

四、合同诈骗罪数额的认定

合同诈骗犯罪作为一种侵害财产型犯罪，其犯罪对象是国家、集体或个人财产，或者其他具有经济价值的物品。这些财物往往具有一定的数额，这种数额显现了合同诈骗犯罪的社会危害程度，对定罪和量刑具有重要意义。

合同诈骗罪的犯罪数额包括合同标的额、犯罪人所得额、被害人

损失额。① 究竟应该以哪种数额作为合同诈骗罪定罪量刑的标准，理论界有不同的看法。有的学者认为应当借鉴 1996 年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》，即以行为人实际骗取的数额作为定罪标准，合同标的数额可作为量刑情节予以考虑。有的学者认为应以合同标的额计算，因为合同标的额体现了犯罪所指向公私财产的数额。有的学者认为应以被害人损失额为标准。还有的学者认为应根据犯罪的既遂和未遂状态的不同分别加以认定。笔者认为前三种观点都有失偏颇，第一种观点失之过宽，在合同诈骗中，行为人有时骗取的是钱，有时骗取的是物，在行为人将骗取的物品低价转让的情况下，以实际骗取的数额作为定罪依据无疑会放纵罪犯；第二种观点失之过严，在合同诈骗罪中，有的行为人并不打算骗取合同标的的总额，而是抱着能骗多少就骗多少的心态，如果以合同标的额对其定罪，明显违背了主客观相统一的原则，容易加重对行为人的处罚；第三种观点不够全面，被害人损失额虽然能体现行为人的主观恶性和行为的社会危害程度，但是并不能适用于该罪的所有犯罪形态，例如，在该罪的预备形态就不存在犯罪人所得额。因此，笔者基本上同意最后一种观点，即根据主客观原因，结合实践中合同诈骗罪存在的不同犯罪形态来确定犯罪数额的认定标准。

笔者认为，在合同诈骗罪的预备、中止和未遂形态宜以合同标的额作为定罪依据，而被害人交付的财产数额作为量刑的情节予以考虑。因为在合同诈骗罪的预备、中止和未遂状态下，行为人可能还没有取得财物，被害人也并没有造成损失，无法以犯罪人所得额和被害人损失额作为定罪的标准。在合同诈骗罪的既遂形态下，以被害人实际交付的财产数额作为定罪数额，其他数额作为量刑情节较为合理。

例如，在连环诈骗中，合同诈骗行为人为了弥补前一次诈骗所造成的亏空，而再次实施合同诈骗行为，以填补前一次所造成的亏空。关于此种诈骗的“数额”有三种认定方法：一是以其数次诈骗合同标的的累加数额作为诈骗数额；二是以受骗单位或个人因行为人的诈骗行为实际遭受的损失(即受骗的损失额)作为诈骗数额；三是以行骗行为人通过诈骗行为，为自己实际获得的非法所得(即实骗数额)作为诈骗数额。根据司法解释的规定，连环诈骗应按实际未归还的数额(即实骗数额)认定，多次行骗数额，及多次诈骗可以在量刑时作为从重情节予以考虑。根据《刑法》第 224 条、第 231 条的规定：“犯本罪，数额较大

---

① 田鹏辉：《合同诈骗罪的数额认定问题》，载《当代法学理论与实践》，2004(1)。

的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者具有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

五、合同诈骗罪和合同欺诈行为的区别

(一)行为人在签订合同时有无履约能力

行为人的履约能力可分为三种情形：一是有完全履约能力。行为人自始至终无任何履约行为，而意图占有对方财物，应认定为合同诈骗罪；行为人部分履行意在诱使相对人继续履行从而占有对方财物，也应认定为合同诈骗罪，但如果行为人部分履行或者没有履行的目的旨在毁约或避免自身损失，虽有欺诈行为，也另当别论，应以合同欺诈论处为宜。二是有部分履约能力。行为人自始至终无任何履行行为，而意图让对方当事人单方履行合同，占有对方财物，应认定为合同诈骗罪；行为人部分履约行为意在诱使相对人继续履行合同，从而占有对方财物，也应认定为合同诈骗罪；行为人有部分履约能力，并且在积极履行过程中，为获得更多利益违反公平原则实施欺诈行为，应以合同欺诈论处。三是无履约能力。依然欺骗对方，占有对方财物的，应以合同诈骗罪论处；签订合同时无履约能力，但事后经过各种努力，具备了履约能力，并且有积极的履约行为，则无论合同是否得以完全履行，均不应以合同诈骗罪论处。

(二)行为人签订合同后有无履行合同的实际行为

利用合同诈骗的人，在合同签订后，根本不去履行合同或是虚假地履行合同。这种情形，不论其有无履行合同实际能力，均应以合同诈骗罪论。对于履行合同的实际行为，应是真实的而非虚假的行为。这里应注意对以下三种情况的认定：一是行为人虽采取了积极履约行为，但在履行完毕时，产生了非法占有对方财物的意图，将对方财物占为己有。这种情况，先前的积极履约行为不能对抗其行为的刑事违法性，仍应构成合同诈骗罪。二是履行合同的实际行为可以存在一定程度的瑕疵，构成合同诈骗行为，承担民事责任。三是“拆骗”行为。其表现为行为人在一定时期内连续多次实施合同诈骗行为，拆东墙补西墙，边骗边还，这种行为不是一种真实履约行为，仍应以合同诈骗罪论。

(三)行为人对不履行合同是否采取相应补救措施及对承担责任的态度

行为人在履行不能和拒绝履行的情况下，对其不履行合同是否采取必要的补救措施及其对承担赔偿责任的态度是区分行为人有无“非法占有目的”的依据。如果行为人通过非法处置标的物、转移财产、逃往异地等行为积极或消极地拒绝承担违约责任，就可以说明其主观上有“非法占有目的”，应认定为合同诈骗罪，反之则不宜认定。

综上所述，合同诈骗罪是从普通诈骗罪中分离出的新的经济犯罪，它除了具有普通诈骗犯罪的共性特征外，同时具有自身的特殊性，合同的特殊性决定了在其认定过程中的难点，对此需要按照理论联系实际的原则认真研究。本文较系统地探讨了合同诈骗罪的犯罪构成特征、“合同”的认定、合同诈骗罪主观方面的认定、诈骗数额的认定以及与合同欺诈行为的区分，但由于能力有限，有些观点还值得商榷，期望以此拙文献给此次研讨会，并希望此文有利于在司法实践中准确认定此类犯罪。

海峡两岸共同打击电信诈骗犯罪困境暨对策

吴美满[*]

当前，基于“五缘”优势，海峡两岸经贸往来和人员互访日益频繁，两岸关系正日益朝着良性方向发展。同时，犯罪分子不当利用两岸地缘、血缘、人缘、文缘，为其跨地区作案提供便利，两岸互涉刑事案件日益增多。犯罪分子并利用两岸当前刑事立法、司法及刑事协助中的差异及空档，有意跨地区作案逃避司法制裁，严重侵犯了两岸人民的合法权益、扰乱两岸正常交流秩序。电信诈骗(我国台湾称电信诈欺)案件就是当前最严重的跨地区犯罪之一，是两岸共同打击犯罪中急需关注的重点。

一、两岸跨地区电信诈骗基本情况

电信诈骗，也称虚假信息诈骗，是指以非法占有为目的，借助各种通讯工具和媒介，采取虚构事实或隐瞒真相的办法，骗取他人财物的行为。两岸刑法对于该罪犯罪构成要件的规定基本无差异。① 近年来，随着电子通讯及网络技术的进步与普及，跨地区诈骗犯罪分子利用多重人头电话转接、互联网等高科技手段，并利用个人金融账户申办的便利大肆收购私人账户，以各种名目诱使被害人将相关款项汇入诈骗集团所指定之人头账户中。两岸电信诈骗不同于传统诈骗犯罪形式，具有其自身鲜明的特征：犯罪组织严密、规模较大，往往难以将整个犯罪团伙一网打尽；犯罪行为跨地区实施、影响面广、危害重大，被害人跨越两岸波及东亚甚至美国；犯罪手段随着科技的发展不断翻新、虚构事实的名目随着社会生活的变迁而改变，让人防不胜防；犯罪团伙具有较强的反侦查能力，加大追诉困难；犯罪数量高企不下。两岸警方在侦破犯罪及抓捕犯罪嫌疑人中取得了较好成效。根据中国

---

* 福建省石狮市人民检察院研究室。

① 台湾地区和大陆刑法对于诈骗罪犯罪构成要件的规定中，犯罪主观方面、客体、客观方面都基本一致，细微差别存在于犯罪主体的年龄，台湾地区“刑法”规定犯罪主体是已满14周岁的自然人，大陆刑法规定犯罪主体是已满16周岁的自然人。

台湾大陆事务部门统计，2008 年至 2009 年来两岸跨地区诈骗犯罪件数平均高达 13500 件，而 2008 年的诈骗更超过新台币 30 亿元。2010 年 6 月 21 日我国台湾检园地方法院检察署主任检察官指挥刑事警察局查获史上最大两岸跨地区诈欺犯罪集团案件，诈欺集团涉案区域遍及大陆地区 20 几个省份，被害人数台湾地区超过 300 人，大陆超过 1000 人。[①] 据福建省公安厅介绍，福建公安机关近年侦办的涉台案件中，虚假电信信息诈骗案是最为突出的两类案件之一。2007 年 2 月开展打击虚假信息诈骗专项“猎狐行动”以来，福建警方破获台湾犯罪嫌疑人组织的电信诈骗案件 1400 余起，捣毁诈骗犯罪团伙 60 余个。[②] 福建省公安厅 2008 年 5 月在福州、厦门两地分别破获的林某良、王某亨诈骗团伙中，抓获的犯罪嫌疑人就多达 179 人，初步查明的诈骗数额就达 300 万元人民币，而多达 250 人的被害者更是分布于美国、日本等 16 个国家和地区。2011 年备受关注的“3·10”特大电信诈骗案是我国警方近年来侦破的跨国跨地区最大电信诈骗案，台湾地区、大陆以及柬埔寨、印尼、泰国、马来西亚六地警方共出动 2000 余名警力，成功抓获犯罪嫌疑人 598 名，捣毁诈骗窝点 106 处。

二、两岸联手打击犯罪的困境及解决途径

电信诈骗实施者跨地区作案，两岸人民都深受其害。[③] 当前，两

---

① 林俊仪等：《两岸诈欺犯罪案件之模式分析》，载《海峡两岸司法实务研讨会论文汇编》，2010，第 66 页，注释 3。

② 郑良：《涉台犯罪活动多发，闽台警务协作持续深入》，http：//www.sebc.con.cn。

③ 据华夏经纬网 2007 年 1 月 27 日报道，台湾“刑事警察局”警政监许瑞山表示，跨地区犯罪严重影响两岸民众生命、财产安全，该局侦破的数起跨地区诈欺犯罪集团，发现跨地区诈欺方式，已从以往“在大陆设据点，诈骗台湾民众”，转变为“在台湾设据点、诈骗大陆民众”，期盼未来两岸警方除继续加强合作联系外，更应加快脚步促成两岸警方交流和组团互访等。该种情况得到检察官的证实。据台湾台中地方法院检察署检察官李善植在第二届海峡司法实务研讨会上介绍：近年来，由于台湾当局强力倡导及人民警觉意识提升，台湾地区民众越来越不容易上当受骗，诈骗集团发觉（在台湾作案）不但成本高，遭查缉的风险也不断上升，遂有将战场转移至大陆之趋势。亦即，改为在台湾地区设立诈骗机房，通过网络电话从台湾地区直接拨打电话至大陆地区行骗，待大陆民众将款项汇人指定账户后，再联系大陆地区的共犯提领款项。案例之一就是 2010 年 7 月 9 日被台北地检署起诉的以台湾男子陈光着为首的两岸诈骗集团，该集团在台北县设置据点，专门致电大陆民众，假冒公安或检察官，诈骗受害人汇款，八个月间共得手逾一亿元人民币。大陆方面据公安部门调查报告显示，“整个中国除了大西北和内蒙古尚未有受骗案例外，其余省份几乎都已遭到入侵。”参见台湾士林地方法院检察署检察官徐名驹被收录在第二届海峡司法实务研讨会论文集的论文：《从“跨境”犯罪论海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议之分析》，第 267 页。

岸警方甚至相关国家警方在侦破犯罪和共同抓捕犯罪嫌疑人中已积累了不少好经验，但司法部门面临的打击困境则直接让前期的抓捕工作成效大打折扣。因此，要有效打击两岸跨地区电信诈骗，应该正视问题，相互学习借鉴并深入探究共同的对策盲点。

(一)侦查困境及其对策

由于跨地区作案、集团作案等特点，涉案各要素往往分布两区，侦缉机关在查处犯罪时，无论是追缉同案犯罪嫌疑人、查找被害人，还是资讯技术调查配合、金融机构调取相关书证、追查骗得资金流向等侦查活动都需要取得对岸刑事司法协作。当前在侦缉活动中面临的困境是，两岸协作事项有限且侦查不能同步执行，导致两个极大反差，即：犯罪高发与查处率低的反差(包括 1. 诈骗人数多而遭追查的少，大多只能追查到起辅助作用的“马仔”而真正策划组织指挥的主犯却难以追查到；2. 涉案金额多而遭查处的少)；破案多而被起诉率低被判刑率更低的反差。大大影响了司法权威，人民怨言颇多。据统计，此类案件高发的厦门市，在 2006 年至 2008 年间被起诉的此类一审案件仅有 14 件。[①] 再如，厦门市检察院办理的台湾黄某等人诈骗一案，黄某等人交代，在 2003 年至 2004 年中，其受台湾地区犯罪集团操纵，其一伙人还在厦门通过电话联系等方式，诈骗台湾地区居民上亿元新台币。由于无法向台湾地区受害人取证，只好放弃追诉该部分的犯罪事实。这同样是台湾地区司法部门在追诉此类犯罪时遭遇的困境，甚至因取证瑕疵被判无罪。据台湾地区“高等法院”台中分院 2009 年度上易字第 1899 号判决，即以被告之自白不得作为有罪判决之唯一证据原则，在检察官未能对于被告之各次犯罪行为之人(被告、共犯及其年龄，被害人及其年龄)、事、时、地、物、犯罪方法、犯罪结果，及其犯罪行为与犯罪结果具因果关系等犯罪事实，善尽实质举证责任之情况下，判决诈欺大陆的诈欺集团无罪。

对策方面，针对两岸诈欺案件由两岸警务部门建立统一对口的联系管道；改变初级、单一、消极、被动的协助方式换之以同步布控、分头抓捕、各自调取地区内证据并及时交换协调；推动两岸专家定期协调已成为学界和司法界的共识。从查处两岸电信诈骗的司法现状看，上述对策的实际运作效果仍欠理想或仍未被采纳。实际上，两岸警务

---

① 唐红宁：《论涉台“跨境”诈骗犯罪的司法控制》，载《海峡两岸司法实务热点问题研究》(上)，北京：人民法院出版社，第 61 页。

部门在同步追缉走私毒品犯罪方面已有成功运作案例值得借鉴。[1] 可借鉴而未得到借鉴的关键，在笔者看来，首先应该牢固树立个人财产权益与公共利益同等保护的观念。除此之外，仍需补强下列手段。

一是设立专司查缉跨地区电信诈骗的特色侦查部门，并设总指挥负责统一调度，实现同步侦查，并可扩至其他区域实现区域性同步侦查甚至逐渐扩至与我国签定刑事司法协助条约并且深受跨地区诈骗之害的国家。比如越南就符合上述条件。单纯的对口联系管道有可能淡化侦查色彩，也不符合实际侦查需要，发挥作用有限。从电信诈骗泛滥成灾、受害民众范围极广、危害性极大、破除前述两个极大反差的被动局面，有效阻扼此类犯罪逐渐走向产业化趋势以及司法取信于民的角度出发，专门设立特色侦查部门势在必行。二是设立"电信诈骗黑名单"并相互交换机制。由于大部分主犯均在对岸难以受到刑事追究，设立黑名单制度有助于对岸侦查机关跟踪其活动、电信往来、金融账户变动等信息，即使不能查缉其过往的犯罪事实，至少可有效抑制其再犯能力。三是电信诈骗特侦机构不定期举办专题研讨会并邀检察院、法院以及其他受害严重的地区、国家参加。除两方特侦机构定期会晤交换犯罪最新态势以及时、有效因应外，借鉴两岸司法研讨会运作模式，邀请检察院、法院甚至其他受害严重的地区、国家不定期举办专题实务研讨会，共同联席探究犯罪对策，交换查缉经验，能取得更有针对性的研讨成果。这是有效打击犯罪、对其他受害国家和地区负起责任、提升负责任的国际形象的必要手段。

(二)证据采信困境及其对策

证据采信困境是两岸跨地区诈骗追诉的另一重大难题。在大陆，以厦门市为例，在2006年至2008年间被起诉的此类仅有的14件一审案件中，在审理过程中因证据问题引发争议的情形极为普遍，其中亦

---

① 据黄埔海关缉私局介绍，2010年春节前夕，广东黄埔海关下属的新港海关在去往台湾的一个集装箱内，发现了夹藏在货物中的14公斤冰毒。狡猾的毒贩台湾人蔡某和张某采取了"人货分离"的手法，案发前已经离开大陆前往台湾。为了把逃往台湾的毒犯擒拿归案，将该犯罪团伙一网打尽，黄埔海关缉私局果断决定，采取"控制下交付"的侦察策略。海关总署缉私局与香港海关、台湾地区警方积极沟通协调，经过海峡两岸和香港的海关、警方连续4天4夜的密切监护，装有毒品的集装箱途经香港于2月12日抵达台湾高雄港。2月14日，犯罪嫌疑人张某亲自前往提货，被台湾警方当场捕获。海关总署缉私局负责人介绍说，该案在侦办过程中，台湾地区、内地和香港的海关、警方配合十分默契，不仅将逃往台湾的毒贩成功擒获，顺利破案，而且对两岸及香港之间联合打击走私毒品犯罪进行了新的成功尝试，http：//news.sohu.com。

不乏因证据不足而退出刑事追诉程序的例子。[①] 证据采信困境主要体现在：台湾等地区证据能否直接采信作为定案依据；关于复印件的证明力问题；关于跨地区诈骗的证明标准问题。下面针对上述三方面分述对策。

一是关于台湾等地区证据能否直接采信作为定案依据问题。这个问题应该一分为二。对于来源于台湾地区警方的证据，笔者认为，应该视为境内证据直接采信作为定罪依据。这一点台湾地区"最高法院"已积极作出因应，释法说明内地警方的证据可以直接作为证据使用，并在司法实践中得到应用，使跨地区诈骗实施者受到应有惩罚。对于来源于其他国家的证据(随着电信诈骗不断蔓延，这种情况会越发普遍)，笔者认为，如不能认定其合法性，则是对境外刑事司法协助工作意义的直接否定，因此，也应当直接采信。当然，应该进行一定形式的转化或补充。比如，由侦查部门提供请求司法协助过程的情况说明。二是关于复印件的证明力问题。现行司法实践中，来源于对方的证据基本都以复印件的形式出现，笔者认为，虽然刑诉法没有绝对排除复印件的证明力，复印件如果辅以其他形式比如公证等予以补强，也同样具有不可置疑的证据力，但是，两岸之间互相协商，排除提供复印件给对方己方留存原件的做法，换之以提供原件给对方己方留存复印件，才是解决这一问题的根本。随着第一点中侦查困境的解决，相信复印件证据问题将随之解决。三是关于跨地区诈骗的证明标准问题。司法实践中，台湾地区和大陆法院都存在未因应信息时代犯罪新变化而固守严格证明标准的问题，诚如证据困境部分所举两岸起诉不能或审判无罪的案例所示，正中跨境诈骗实施者之所以要"跨地区"的算计，实属不该。笔者认为，一方面，司法应适应信息时代证据标准的新变化采新的证明标准。从两岸打击跨地区电信诈骗的司法实践看，证据链条中被害人陈述缺乏以及犯罪数额的认定不能依传统证明标准得到满足是导致放弃起诉或被判无罪的主要原因。笔者认为，被害人陈述是此类案件证明链条中的充分条件而不是必要条件，只要有犯罪者供述，再辅以电信技术证明打电话或发信息的数量，并结合专门用于诈骗资金账户的出入金额以及现场提取的电话、电脑、记账用笔记本等证据就足以认定犯罪事实。关于犯罪数额的认定，现在的采信标准一般是犯罪嫌疑人供述与被害人相互印证并就低认定。笔者认为，专门

---

① 唐红宁：《论涉台"跨境"诈骗犯罪的司法控制》，载《海峡两岸司法实务热点问题研究》(上)，北京：人民法院出版社，第61页。

用于诈骗的金融账户，金融机构出具的全部入账数额都应予以全部认定，这是适应此类案件信息发布广被害人报案少的特殊情况而应取的证明标准。另一方面，司法部门应共同研讨出台证据处理标准。这一点福建已有经验。为解决侦办虚假信息诈骗案件中地区外证据采集认定困难、部分台湾地区犯罪嫌疑人得不到处罚等问题，2007 年 7 月，福建省公、检、法共同制定出台了《关于办理虚假信息诈骗案件若干问题的意见》，规范和细化了办理此类案件法律适用及地区外证据采集和认定，特别是确认通过两岸警方打击虚假信息诈骗犯罪联络渠道获取的台湾被害人证据来源的合法性，有力地推进了对此类犯罪的打击处理工作。但尚需及时总结，由最高司法机关上升为通行于全国的司法解释，以因应打击跨地区电信诈骗的需要。

(三)追赃困境及其对策

诈骗犯罪分子虽然被追查但赃款已经被提走并通过地下钱庄等隐蔽方式汇到对岸，导致被害人财产损失无法挽回直接影响其报案及配合侦查的信心，进而影响到对犯罪分子犯罪的证明，这是两岸追赃环节共同面临的困境。对策方面，有学者提出，两岸应加强追赃互助，促进对刑事判决中民事责任部分判决的互认和执行，则可互相接受已缴赃款发放己方被害人，被害人并可依据该项判决申请执行追索被告人的民事责任。[①] 这一建议固然可行，问题在于，互认和执行要以赃款查获为前提，事实上司法实践中，跨地区诈骗中被查获的赃款少与犯罪分子犯罪数额高之间形成另一个极大反差。究其原因在于，犯罪分子收到被害人汇入的款项后即有专人即时提取，并逃避监管相对严密的金融管道，通过地下钱庄汇到对岸，导致追赃无门。因此，解决追赃困境的重要环节在于两岸联手有效打击洗钱犯罪，唯此，才能真正维护被害人受损的财产权益，切断犯罪分子的诈骗犯罪链条。得利链条被切断，对于从根本上扼制此类犯罪意义重大。

(四)犯罪预防困境及其对策

从根本上讲，前述困境和建议都是消极应对已发生案件的措施。司法实践经验表明，诈骗分子因应司法打击措施的变化不断改变其诈骗手法或转移阵地，让两岸甚至国外民众防不胜防，故虽两岸打击犯罪决心和力度不可谓不大，诈骗分子得手的几率却不减反增。因此，积极寻求对策应对不断翻新的犯罪手法固然重要，抓住犯罪分子实施

① 唐红宁：《论涉台“跨境”诈骗犯罪的司法控制》，载《海峡两岸司法实务热点问题研究》(上)，北京：人民法院出版社，第 61 页。

犯罪的软肋（即必须借助电信等公共设施）、切掉犯罪源头才是解决两岸电信诈骗的根本举措。因此，必须有效加强电信监管。虽然在两岸电信诈骗查缉中，电信部门积极配合公安机关，为顺利侦破案件发挥了积极作用。但是，加强案发前监管，堵住诈骗行为实施源头漏洞，才是电信部门发挥最佳作用、对广大用户负责的最佳途径。为此，建议如下。

一是严格设定标准。从技术层面上讲，如果严格设定接入或接出标准，严把接入、接出通信网的电话号码或互联网网关，即能把住严防电信诈骗的第一道关口，或者即使诈骗分子侥幸得手，也容易被发现并被及时关停制止。二是配置专职监管部门。在通信公司内部设置专职监控、过滤并配合公安机关追查的部门，有利于保证监管责任到位，一旦案件发生需要追查，也能及时、有效形成打击合力。三是电信入网实名制，便于追踪。大陆现在购买电信卡不需任何身份证件，这为犯罪分子诈骗作案提供便利并且在案发后不易被追查。据悉，台湾电信入网历史演进中也有过这样的时期，后来鉴于其对打击犯罪的阻碍，改由实行严格的凭身份证件入网制。四是电信承担赔偿连带责任。从权利义务相对应的角度，电信客户支付相关服务费用，却因提供服务的电信商内部运营漏洞造成客户损失，要求服务商对客户造成的损失与诈骗分子共同承担连带赔偿责任似在情理之中。如果一下子难以到位可分步实施，被害客户有权要求免收相关费用如来电显示费用，并且获得一定的精神损害赔偿。五是建议追究行政不作为责任。为避免电信公司居于行业利益考量放任犯罪分子作案自己坐收可观通信费用或拿国家资产为自己的不负责任行为买单甚至与犯罪分子勾结为其诈骗提供方便，除面临经济上的赔偿责任外，还应追究其行政不作为责任，这是严密电信部门监管责任体系到位的必要措施。2008 年 7 月，工信部曾发出通知，专门针对“网间传送虚假主叫号码”要求严查，并要求各基础电信业务经营者加大防范力度，尽快建立网间处理流程，同时要求各地利用网间结算及互联互通监测系统配合追查。但从其后仍然发生的大量案件看，通知落实得并不理想，因此，只有设置上述后两种制度并落实到位，才能真正破解堵住诈骗源头的难题。

期待将来两岸协作打击跨地区电信诈骗的成功经验能为两岸共同打击其他犯罪提供模板，联手打击经验能够直接被复制、移植，最终促成两岸甚至其他地区签署刑事司法协定，同时能为今后开展区域刑事司法合作提供有益经验。

电信诈骗犯罪疑难问题研究

电信诈骗犯罪的刑法认定及司法处理课题组*

电信诈骗是指以非法占有为目的，利用电话、计算机网络所依托的电信技术的信息传播功能，向社会不特定的人群发布虚假信息，骗取公私财物，数额较大的行为。① 这类犯罪涉及面极广，涉案金额巨大，相关资料显示，仅2008年北京、上海、广东、福建四个省市电信诈骗的犯罪金额就达6个多亿，不仅严重侵害了公民的财产权利，而且已经成为严重影响社会治安的突出问题。通过分析可以发现，电信诈骗与传统诈骗相比，犯罪手段更具科技化、智能化，隐蔽性更强，犯罪分子可以不再受限于空间条件利用电话、互联网技术实行远程诈骗，且多为团伙作案，这些明显不同于普通诈骗犯罪的特点，导致在办理电信诈骗案件中出现了一些法律适用和证据审查方面的难题，需要深入研究和探讨。

一、电信诈骗犯罪中的管辖问题

电信诈骗利用手机短信、电话、互联网等高科技手段实施诈骗犯罪，行为人往往跨地区甚至跨境作案，尤其是利用网络实施的诈骗犯罪，完全打破了犯罪行为的地域界限，因此在电信诈骗犯罪中，管辖问题显得愈发突出。在这里暂不涉及国家之间的管辖权确定即刑法的空间效力问题，仅就我国领域内的管辖问题进行探讨。

(一)电信诈骗案件地域管辖的原则

一国之内跨区域实施的电信诈骗犯罪不涉及司法主权问题，主要涉及的是刑事诉讼上的地域管辖，即主要解决在我国领域内跨区域实

---

* 本文是北京市人民检察院2010年关注调研课题“电信诈骗犯罪的刑法认定及司法处理”的部分成果。课题负责人：张新宪，北京市人民检察院侦监处处长。课题执笔人：崔杰，北京市顺义区人民检察院侦监处处长；鞠佳佳，北京市顺义区人民检察院研究室副主任；贾竞，北京市顺义区人民检察院侦监处干部。

① 欧阳颖思：《探讨电信诈骗之特殊性——以客观构成要价为视角》，载《法制与社会》，2010(5)：278。

施的电信诈骗犯罪由何地司法机关管辖的问题，体现的是刑事诉讼上的程序价值，立足点在于刑事诉讼的顺利进行。刑事诉讼法上之所以要确立一系列的管辖规则，是因为诉讼案件种类繁杂、数量众多，如果不确立一定的管辖规则，不但徒增纠纷，也有悖于法律的严谨和慎重。[①] 可以说，刑事诉讼上的管辖规则从诞生时起，主要考虑的就是有利于司法机关及时展开侦查、起诉、审判等刑事诉讼活动，避免诉讼资源的浪费，使整个刑事诉讼过程顺利进行。合理配置司法资源和提高诉讼效率是管辖的重要程序价值。[②] 因此我国领域内的地域管辖需要确立的基本原则就是效率和便利原则，电信诈骗的地域管辖也应遵循这一原则，确定最有利于刑事诉讼进行的地点进行管辖。

(二)电信诈骗案件地域管辖的规则

《刑事诉讼法》第 24 条规定："刑事案件由犯罪地的人民法院管辖，如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。"《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 2 条规定："犯罪地是指犯罪行为发生地，以非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。"根据上述规定，刑事诉讼法上的地域管辖以犯罪地为主，而电信诈骗属于以非法占有为目的的财产犯罪，所以在电信诈骗案件中，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。实践中如何确定电信诈骗的犯罪地管辖，需要具体分析。

1. 电信诈骗案件应以被害人损失财产地管辖为主

电信诈骗有不同于传统诈骗犯罪的典型特点，犯罪分子普遍采用异地作案、异地跨行取款的方式实施犯罪，地域流动性大，所以最初立案侦查的机关往往不是实际实施诈骗行为地的侦查机关，而是被害人损失财产地的侦查机关。实践中有这样的案例，犯罪人在海南利用电话、网络实施诈骗，其中部分被害人在北京汇款给犯罪人，从而被诈骗，故被害人向北京的公安机关报案。北京的公安机关进行了大量的侦查活动，锁定犯罪人在海南，赴海南继续侦查并通知海南警方，此时海南警方才得知犯罪人在海南实施诈骗的情况。可以看出，电信诈骗的特点导致犯罪行为发生地的司法机关往往不能及时掌握案发的

① 陈谨昆：《刑事诉讼法通义》，北京：法律出版社，2007，第 26 页。

② 陈卫东主编：《刑事诉讼法学研究》，北京：中国人民大学出版社，2008，第 125～126 页。

情况，而被害人损失财产所在地的司法机关则很有可能最先接到报案，予以立案，并投入大量的人力、物力、财力进行侦查，这种情况在电信诈骗案件中普遍存在。如果机械的由犯罪行为地管辖，不仅浪费先期的资源投入，而且即使损失财产地的受案机关将线索移送给犯罪行为地，该地公安机关还是要顺着资金的走向去侦查，大量的侦查工作并不在其管辖区域内进行，相比由损失财产地公安机关利用技术手段获得行为人在外地的位置并去抓捕来说，操作起来要困难、复杂得多。显而易见，从节约司法资源、有利于刑事诉讼的角度看，由被害人损失财产所在地对案件进行管辖显然比犯罪行为地管辖更为适宜。接下来的问题是，按照《刑事诉讼法》的规定，被害人损失财产所在地能否拥有管辖权？

2. 损失财产地管辖的法律依据

如前所述，被害人损失财产所在地显然不是电信诈骗案件的犯罪行为发生地，所以，判断被害人损失财产所在地是否有管辖权的关键，要看是否属于犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。如果属于，则该地的管辖就有了法律上的根据；如果不属于，则不能依法享有管辖权。笔者认为，从案件发生的实际情况分析，被害人损失财产所在地属于犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。因为，电信诈骗往往是异地诈骗、异地取款，犯罪人与被害人几乎没有面对面的接触，犯罪人一般都是通过银行汇款等渠道使被害人“交付”财产。在现代金融手段高度发达的条件下，资金的汇兑速率完全可以以秒为时间单位来计算，而若想取消已经进行的交易则相对困难，所以一旦被害人将财产汇入指定账户，就可以认为犯罪人已经实际控制了财产，而被害人也实际损失了财产，此时犯罪结果已经发生。据此，可以将被害人汇款地等损失财产所在地认定为是犯罪人实际取得财产的犯罪结果发生地，依法享有管辖权。

综上，电信诈骗案件的地域管辖应本着保证刑事诉讼顺利进行的原则，以被害人损失财产所在地管辖为主，以行为地、其他犯罪结果发生地、被告人住所地管辖为辅，根据具体案件的具体情况，主要由前者管辖，如果由后者管辖更为适宜的，可以由后者管辖。另外，还有两个辅助性规则：第一，最初受理优先规则，即几个侦查机关都有管辖权的，由最初受理的机关管辖；第二，全案受理规则，即只要受理了涉嫌犯罪行为的一部分，就要对全案进行受理。

二、电信诈骗犯罪中的共同犯罪问题

电信诈骗往往由多人共同实施，其中大量的是犯罪集团或团伙作案。根据刑法的规定，电信诈骗集团的组织者、领导者等首要分子应对集团所实施的全部诈骗犯罪承担刑事责任，这一点相对好认定。而实践中争议较大、比较疑难复杂的问题是，除了组织、领导诈骗集团的首要分子之外，电信诈骗案件中具体实施拨打电话、网络操作等部分实行行为的人如何承担刑事责任。

实践中电信诈骗的实行犯最常见的两种行为模式是平行式和渐进式，下面重点探讨的是上述实行犯在这两种行为模式下的刑事责任问题。

(一)平行式诈骗中实行犯的刑事责任

所谓平行式，是指多个犯罪人受同一人指使或多个犯罪人共同预谋，具体实施拨打电话、上网行骗等诈骗行为，多个犯罪人不是针对同一对象实施诈骗行为，而是各自针对不同的犯罪对象，互相之间没有交叉，呈现出一种“各凭本事、各自为政”的状态。例如，犯罪嫌疑人简某等 5 人，在福建厦门、漳州等地 2 人或 3 人一组随意拨打外省市的固定电话，一人谎称接电话方的子女被绑架，一人以绑匪自称索要钱款，并告知被害人将钱汇入指定账户，先后骗取人民币 10 万余元。在这种情况下，每个人当然要对自己实施的诈骗行为承担刑事责任，但对其他人实施的诈骗行为应否承担刑事责任则争议较大。这一问题从根本上说，是部分行为人对其他犯罪人的行为是否成立共同犯罪，所以最基本的判断标准在于是否存在共同故意和共同行为。由于各行为人都实施了诈骗行为，如果可以认定存在共同故意，则共同行为这一点上一般比较好认定，因此有无共同故意成为判断的重点。而在平行式诈骗的共同故意中最难判断的是，是否存在意思联络，即数行为人在主观上相互沟通、彼此联络，认识到自己不是在单独的实施犯罪，而是在和其他人相互配合共同实施犯罪。[①] 具体来说，可以侧重从以下几个方面分析。

1. 是否存在共谋以及共谋内容的明确程度

共谋，是指已经具有犯罪意思的人之间的相互讨论，反复沟通，

---

① 高铭暄主编：《刑法专论》(上编)，北京：高等教育出版社，2002，第 340 页。

就谋议犯罪而言，共谋的人之间是一种对等、平等的关系。[①] 在平行式诈骗中，如果多个行为人存在事先的共谋，即使在具体实行时各自单独行事，那么可能也需要对他人的犯罪行为共同承担刑事责任，因为"从共谋本身的性质看，共谋行为不是单独一个人单纯的犯意表示，而是两人以上相互的意思联络，是为实施犯罪进行准备的一种犯罪预备行为"[②]。即使是共谋而未实行，我国刑法理论一般也认为应构成共同犯罪，更何况各行为人都参与实行。当然，这只是一个初步的判断，要作出更为准确的认定，还需要结合共谋内容的明确程度进行判断。如果共谋的内容非常明确，对实施犯罪的对象、范围、目标都有明确的意思表示，指向性较强，这种情况下，各行为人只对共谋所明确指向的范围内的犯罪行为承担刑事责任，超出这一范围的犯罪行为，其他行为人可能不需要承担刑事责任；如果共谋的内容不是非常明确，对犯罪对象、范围、目标没有明确具体的表示，指向性较弱，犯罪故意比较概括，在实行犯罪过程中体现为见机行事、随机应变，这种情况下，除非其他行为人实施了与共谋的犯罪性质不同的犯罪，比如共谋诈骗，某人单独实施了强奸，其他人对此不需要承担责任，否则各行为人一般应对其他行为人实施的犯罪行为承担刑事责任。而电信诈骗中的共谋绝大多数为后一种情况，一般只是共谋通过电信方式实施诈骗，至于诈骗谁、怎么骗带有很大的随机性，因此，在平行式诈骗中，如果存在共谋，那么各行为人之间成立共同犯罪，一般应对其他人的诈骗行为承担刑事责任。

如果各行为人没有事先的共谋，只是共同受组织者、领导者的指使各自实施诈骗，此时应否对其他人的诈骗行为承担刑事责任不能一概而论，还应根据具体的时空条件、行为之间的关联性、事前、事中、事后的表现等具体因素综合判断行为人之间是否存在共同故意。

2. 行为人当场或事中的表现

第一，如果行为人在同一场所实施诈骗行为或者在其他行为人实施诈骗行为时在场，根据行为人的具体表现判断是否对其他人的诈骗行为承担责任。主要有以下几种情况。

(1)对其他人的诈骗行为明确表示赞同或积极参与其中。此时很明显，行为人对其他人实施诈骗行为是知晓的，并进行了积极的支持或参与，二者之间具有共同故意，应共同承担刑事责任。

---

① 周光权：《论正犯的观念》，载《人民检察》，2010(7)：10。

② 吴光侠：《主犯论》，北京：中国人民公安大学出版社，2007，第18页。

(2)没有任何表示，既不明确表示赞同，也没有任何制止或反对的表示，而是继续实施自己的诈骗行为。此时行为人虽然没有任何表示，但他们要么事先存在共谋，要么受到共同的指使，在同一场所实施诈骗行为，对他人的行为彼此知晓，对其他人与自己共同实施诈骗行为这一事实有具体的认识，基于这一点，在主观上犯罪故意得以强化，在客观上行为人继续实施犯罪行为实际上是对其他人犯罪行为的默许和支持，符合共同犯罪的基本原理。由此，应认定行为人之间构成共同犯罪，虽然各自实施诈骗行为，但对其他人实施诈骗行为也应承担刑事责任。

第二，如果行为人实施诈骗行为时不在同一场所或其他行为人实施诈骗行为时不在场，对其他行为人的行为确实不知晓或者虽然知道有其他人也在实施与自己相似的行为，但二者之间没有任何联系，对其他人的存在以及他们的行为方式没有具体的认识，只有抽象概括的认识，比如受人指使实施诈骗行为，知道除自己以外还有其他人，但其他人是谁，如何实施行为均不知晓，在这种情况下，行为人可能只对自己的行为承担责任，对其他实行犯的诈骗行为则不承担刑事责任。

3. 分赃情况及行为人事后的表现

各行为人均是实行犯，虽然实施诈骗行为时是各自单独行事，但如果事后对赃款共同占有、共同分配，则仍可能对其他人的诈骗行为承担刑事责任，因为这从一个侧面表明了行为人之间在主观故意和客观行为上不可分割、相互配合的性质，而且在这种情况下往往存在事先的共谋。如果确实事先对他人的诈骗行为没有具体的认识，事后只是从自己的犯罪所得中“提成”，对他人的诈骗所得又没有参与分赃，则可能只对自己的行为承担责任，对其他人实施的诈骗行为不承担刑事责任。

(二)渐进式诈骗中实行犯的刑事责任

所谓渐进式，是指针对同一对象，先由部分行为人实施诈骗行为，之后为了实现非法占有目的或非法占有更多的钱财，其他行为人加入其中继续或进一步实施诈骗行为。渐进式与平行式最大的区别在于，平行式多个行为人针对的是不同的诈骗对象，而渐进式一般是多个行为人针对同一诈骗对象，只不过加入的时间先后不同。例如，黄某在网上发布虚假中奖信息，被害人看到后与其联系，黄某自称是客服人员，以交纳个人所得税的名义让被害人汇款。被害人汇款后多次打电话催要奖金，黄某便先后找冯某、陈某冒充部门领导另立明目让被害人继续汇款，共骗得钱款 16 万余元，三人共同分赃。在渐进式电信诈

骗中争议比较大的一个问题是，后加入者对先行为人的行为是否承担刑事责任。这里可能涉及承继的共犯的刑事责任问题。由于这里探讨的是电信诈骗中不同行为模式下实行犯的刑事责任，所以在承继的共犯中也以承继的共同实行犯为中心进行讨论。

承继的共同实行犯，是指先行为人已经实施了一部分实行行为之后，后行为人以共同实行的意思参与实行犯罪的情况。[①] 一般认为，在承继的共犯中，后行为人对所参与的行为与先行为人成立共同犯罪，但是对与自己行为没有因果关系的先行为人的行为或结果不承担责任，而如果先行为的效果处于持续状态，后行为人利用了这种状态，则需要承担相应的责任。在渐进式行为模式中，如果事先有共谋，虽然加入实行行为的先后不同，则自始成立共同犯罪，而不是承继的共犯，应对全部犯罪行为承担刑事责任，理由前文已有论述，此处不再重复。如果事先确实没有共谋，而是中途加入犯罪，那么有可能成立承继的共同实行犯。在这种情况下，后行为人如何承担刑事责任可以考虑以下因素。

1. 是否利用了先行为造成的状态

如果先行为人实施诈骗行为的效果处于延续状态，后行为人利用了先前的状态继续实施诈骗行为，事后又共同分赃，则后行为人就整个犯罪与先行为人成立共同犯罪，对先行为人的行为也应承担刑事责任。渐进式的电信诈骗多属此类。

2. 分赃情况

如果先行为人与后行为人对诈骗所得的全部赃款共同占有、共同分赃，则后行为人一般应对先行为人的诈骗行为共同承担刑事责任。如果先行为人自行占有先行为诈骗所得赃款，后行为人对此没有参与分赃，那么后行为人可能只对自己加入后的行为承担刑事责任，对先行为人的诈骗所得不承担刑事责任。

另外还需要指出的是，随着电信诈骗案件的多发，一条黑色的产业链也逐渐生成，其中出现了一系列职业化的帮助行为。对这些行为，如果能够证明事先有通谋或与行为人之间有共同故意，当然应构成诈骗罪的共犯；如果不能证明存在共同故意，则可以按照妨害信用卡管理罪、窃取、收买、非法提供信用卡信息罪掩饰、隐瞒犯罪所得罪等进行处罚。

---

① 张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2007，第 328 页。

三、电信诈骗犯罪的证据审查问题

由于电信诈骗具有不同于普通诈骗的诸多特点，在电信诈骗的证据审查方面的侧重点与普通诈骗也有所不同。在普通诈骗中，最难认定的往往是行为人的主观方面，即是否具有非法占有目的，而在电信诈骗中则不然，对于实行犯而言，应重点审查客观方面，具体来说是确定每一起犯罪事实是否为犯罪嫌疑人所为；对于帮助犯而言，则需要重点审查主观方面，具体来说，即是否存在共同故意。

(一)对实行犯的证据审查

对电信诈骗实行犯的证据审查重点在于确定犯罪嫌疑人，在审查方法方面可以抓住行为的主要连接要素，从不同证据中审查连接要素的指向，最终确定犯罪嫌疑人。

1. 审查重点：确定犯罪嫌疑人

在电信诈骗案件中，诈骗事实本身一般比较清楚，即行为人虚构事实，通过网站或电话等方式骗取被害人的钱财，在这种情况下非法占有目的比较容易认定，但是由于电信诈骗的行为人一般不会与被害人直接面对面，再加上行为人往往异地实施诈骗、异地取款，犯罪与被害之间存在时空差异，在运用证据判断某一行为是否为犯罪嫌疑人所为时常常出现困难，特别是电信诈骗往往涉及多个人实施多起犯罪，在团伙作案的基础上又有交叉作案、单独作案，作案手法相似，但参与者可能不完全相同，确定每一起犯罪的实行者就成为证据审查的重点和难点。所以对电信诈骗的实行犯而言，证据审查的重点是确定行为人，通过现有证据能否将某一犯罪事实与行为人联系起来。

2. 审查方法：对行为的连接要素多方向对查

要通过证据来确定犯罪嫌疑人，应重点审查证据的关联性，即证据与案件事实之间客观存在的联系。[①] 具体到电信诈骗案件中，可以抓住诈骗行为的几个主要连接要素，包括诈骗网站的网址、电话号码、银行账户等，主要从犯罪嫌疑人供述和辩解、被害人陈述以及查实的网址、电话号码、通话记录、银行卡号等书证、物证三类证据入手，从三个方向重点审查上述连接因素是否指向犯罪嫌疑人，以此缕出每起事实的证据线，以确定是否为犯罪嫌疑人所为，如能辅以相应的视听资料则更佳。具体分析，网站地址可以与几名犯罪嫌疑人组成的诈

---

① 何家弘主编：《证据法学研究》，北京：中国人民大学出版社，2007，第 91 页。

骗团伙联系起来，与被害人联系的电话号码、银行卡账户等可以与单个的犯罪嫌疑人联系起来，犯罪嫌疑人正在使用中的手机号码、银行卡，其他人不可能同时使用，而且在其将电话卡、银行卡扔掉后，其他人再次利用的可能性也是极低的，因此手机号码、银行卡对单个行为人有较强的指向性。在具体审查判断时，如果前文提到的三类证据中涉及的连接点均指向犯罪嫌疑人，且能够相互印证，那么可以认定该起事实系犯罪嫌疑人所为；如果三类证据中有两个方向涉及的连接点指向犯罪嫌疑人，且能够相互印证，一般也可以认定该起事实系犯罪嫌疑人所为；如果三类证据中只有一个方向涉及的连接点指向犯罪嫌疑人，又没有其他证据佐证的，一般不能认定该起事实系犯罪嫌疑人所为。在对三类证据进行审查时，取款录像、通话录音作为视听资料证据往往可以起到较强的辅助证明作用，应当注意充分加以利用。

综上，在确定电信诈骗某起事实的犯罪嫌疑人时，可以采用如下方法：确定连接因素—从不同种类的证据中重点审查连接因素的指向—形成完整的证据链条—确定犯罪嫌疑人。

(二)对帮助犯的证据审查

在电信诈骗中，与实行犯的证据审查不同，对于帮助犯而言证据审查的重点在于主观方面，即是否存在共同故意，审查方法上可以采用推定的方法。

1. 审查重点：是否存在共同故意

如前所述，电信诈骗呈现出明显的团伙作案特点，往往有细致的分工，有些成员不参与实行行为，只负责办理银行卡、取钱、汇款等行为，在犯罪中起辅助作用。这些帮助犯一旦被查获，往往会辩称，自己只是受人之托存取钱款，并不知道请托人实施的犯罪行为。因此，对于帮助犯而言，证据审查的重点在于主观方面，即与电信诈骗的实行犯之间是否存在共同故意。

2. 审查方法：推定

对主观故意的判断要建立在客观事实的基础上，在电信诈骗团伙中严密的组织分工，以及证据调取上的一些困难，如果犯罪嫌疑人不如实供述，可能很难有其他直接证据认定帮助犯的故意，在这种情况下往往要运用推定的方法加以认定。推定是根据两个事实之间的一般联系规律或“常态联系”，当一个事实存在的时候便可以认定另外一个事实的存在。司法证明中的推定是由法律规定或由法官作出的带有假

定性质的事实判断。[①] 推定可分为法律推定和事实推定，前者是指由法律明确规定的规定；后者是指司法官在刑事诉讼中依据一定的规则所作的推定。在电信诈骗案件中运用的推定一般是事实推定，推定的前提是基础事实的存在，而且这些基础事实应当有证据加以证实，在此基础上才能进行推定，同时这种推定是可以反驳和推翻的。在电信诈骗中要认定帮助犯的主观故意，需要重点审查的基础事实主要包括：(1)通过犯罪嫌疑人供述和辩解、同案犯的供述以及其他证据，重点审查帮助犯与实行犯有无共谋或在实行犯共谋时帮助犯是否在场；(2)是否曾参与过其他类似的诈骗犯罪；(3)办理银行账户、汇取钱款的具体时空条件；(4)帮助者与实行犯之间的关系，是亲属、朋友或是单纯的雇佣等。通过基础事实，特别是细节方面的审查来推定帮助者与实行犯是否具有共同故意，从而确定是否构成诈骗犯罪。如果确实无法证实有共同故意的，但行为构成妨害信用卡管理罪、窃取、收买、非法提供信用卡信息罪以及掩饰、隐瞒犯罪所得罪等犯罪，可以按照相应的罪名定罪处罚。

以上是对电信诈骗案件中部分疑难问题进行了概括性的分析，但是实践中电信诈骗案件纷繁复杂，还需要具体问题具体分析才能得出妥当的结论。

---

① 何家弘：《论司法证明中的推定》，载《国家检察官学院学报》，2001(2)：9。

信用卡诈骗罪中恶意透支的认定

——在应然与实然之间

杨素青[*]　程建勇[**]

刑罚为双刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害。①

——鲁道夫·冯·耶林

一、缘起：简单案情折射出的复杂问题

从事建材生意的陈林（化名）2006 年办理了一张建行的龙卡信用卡，之后他一直用这张卡刷卡消费。2008 年以来，受金融危机影响，陈林的流动资金周转不灵，他就在刷信用卡时透支了 9 000 多元，一直没能还上。银行的催缴单来了，他也没多想，觉得现在手头太紧，打算过一段时间等资金宽裕时连滞纳金一起还掉。虽然银行的滞纳金有点昂贵，但他也顾不上了。就这样，对于银行的来电、来函催缴，陈林都只是随口应付，没有当回事。2008 年 8 月底的一天，公安人员找上门来，陈林才知道事情的严重性，赶忙还掉了所有欠着的本金、利息及滞纳金。可惜为时已晚，他的拖欠行为不仅让他有了一次不光彩的信用不良记录，更让他成了一名刑事罪犯——法院一审判决他犯了信用卡诈骗罪。透支 9 000 多元，法院判处拘役 4 个月，罚金 2 万元。②

受金融危机的影响，最近经常有因透支消费后没能及时还款而成为刑事被告的消息见诸报端，陈林案只是成千上万个类似案子中极为普通的一个。德国的古斯塔夫·拉德布鲁赫说过："对于我们这些法律职业人而言，最难做到的事情是，既要对我们的职业有所信仰，但同

---

* 浙江丽水检察院公诉二处处长、检委会委员、高级检察官。

** 浙江丽水市中级人民法院研究室。

① 林山田：《刑罚学》，台北：商务印书馆，1985，第 127 页。

② 《留神信用卡透支演变成犯罪》，载《丽水日报》，2009-04-04。基于写论文的需要，笔者隐去了法院的名称。

时在我们本质的无论哪一个极深的层次上不断地加以审问。”[①]作为法律人，我们在为这些“陈林”们因一时拖沓而成“千古恨”深深惋惜的同时，我们更应该透过事情的表象去探析更深层次的一些法律问题：如何理解恶意透支型信用卡诈骗罪中的“恶意透支”？是否经银行催收没有及时归还就应推定持卡人具有“以非法占有为目的”？[②] 这样的推定是否违背了主客观相统一的定罪原则？透支行为说到底就是一种平等民事主体之间的借贷行为，对于透支人没能及时归还贷款这种普通债权债务纠纷，刑法是否都应介入，还是应视情况分别对待？如果介入过深，是否有违刑法的谦抑性？对于上述问题，持不同司法理念的人可能会得出不同答案。笔者不揣浅见，试图通过对陈林案的剖析，阐述自己对上述问题的一些思索和看法。

二、如何理解“恶意透支”——从应然的主客观相统一原则到实然的客观归罪

(一)主客观相统一原则的含义及其刑法价值

主客观相统一原则即主观与客观相统一的刑事责任原则，它的基本含义就是：“对犯罪嫌疑人、被告人追究刑事责任，必须同时具备主客观两方面的条件。即符合犯罪主体条件的人，在其故意或者过失危害社会的心理支配下，客观上实施了一定的危害社会的行为，对刑法所保护的社会关系构成了严重威胁或已经造成现实的侵害。如果缺少其中主观或者客观任何一个方面的条件，犯罪就不能成立，不能令该人承担刑事责任。”[③]主客观相统一原则虽然没有被我国 1997 年《刑法》明文规定为刑法的基本原则，但刑法学理论仍认其为基本的刑事责任原则，甚至有人认为新刑法没有将其明文规定为刑法的基本原则是不妥当的。[④]

主客观相统一原则的刑法价值首先体现在它保证了刑事归责的科学与合理。主客观相统一原则强调只有在行为中同时包含应负刑事责

① 舒国滢：《法律智慧警句集》，北京：中国法制出版社，2001，第 129 页。

② 《刑法》第 196 条第二款规定：前款所称恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后不归还的行为。

③ 高铭暄、马克昌：《刑法学》(上编)，北京：中国法制出版社，1999，第 39 页。

④ 聂立泽：《刑法中主客观相统一原则研究》，北京：法律出版社，2004，第 64 页。当然，也有学者(如陈兴良教授)认为主客观相统一原则本身具有抽象性和含糊性，易导致司法实践的误读与混乱，主张用法益原则和责任原则取代主客观相统一原则，但这不是主流观点。

任的主观因素与客观因素并且这两方面具有内在一致性时，才能对行为予以定罪。这就从根本上排除了定罪过程中“主观归罪”①与“客观归罪”②的错误做法。其次，主客观相统一原则亦体现了现代刑法的价值取向：限制国家的刑罚权，防止其过分扩张，以保护人权。③ 在刑法运行过程中，始终存在这代表国家行使刑罚权的司法机关与作为被调查对象和处于被动抗辩地位的被告人之间悬殊的力量对比状态，强调认定犯罪过程中的主客观相统一原则，就是通过提高归责标准的方式限制国家刑罚权，以保障作为力量对比弱者的被告人。

(二)认定“恶意透支”不应背离主客观相统一原则

所谓透支，是指持卡人在其信用卡账户无存款或存款不足的情况下，通过信用卡从发卡银行获取短期、小额消费贷款的行为。透支是信用卡的一大特色功能，如果没有透支功能，信用卡和普通的借记卡比起来没有任何优越性、方便性可言了，也不会受到广大客户和商户的青睐。透支分为善意透支和恶意透支，以恶意透支为表现形式的信用卡诈骗罪，必须要有非法占有的目的，这是区分恶意透支和善意透支的主要标准，也是构成罪与非罪的分水岭。④ 那么如何认定“以非法占有为目的”呢？不少学者和司法工作者在认定持卡人是否具有“以非法占有为目的”时，常常将恶意透支的主客观要件合二为一，即将刑法规定的恶意透支的外在行为表现——超过规定限额或者规定期限透支，并且经过发卡行催收仍不归还的行为，作为主观上存在“以非法占有为目的”的判断标准，或者将其作为持卡人主观上具有“以非法占有为目的”的推定要件。⑤ 笔者认为，上述观点和做法违背了主客观相统一之原则，有客观归罪之嫌。

根据主客观相统一原则，对犯罪行为的认定，既要从主观方面去

---

① 主观归罪是以主观责任为特征的，只要行为人具有主观恶意，即使在客观上并未实行一定的危害行为或者这种危害行为并未发生一定的危害结果，也以犯罪论处，它是国家刑罚权无限延伸的产物。陈兴良：《定罪之研究》，http://www.studa.net，2009-05-10。

② 所谓“客观归罪”，是古代刑法适用的原始归责原则，又称之为“结果责任”，指的是不考虑行为人的主观能力和心理态度，仅根据客观引起的侵害法益的结果追究其责任。见[日]福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，沈阳：辽宁人民出版社，1986，第110页。

③ 笔者认为，保障人权机能是现代刑法、民主刑法与传统刑法、专制刑法的分界线。

④ 李邦友：《恶意透支型信用卡诈骗罪研究》，载《重庆大学学报》(社会科学版)，2002(2)：119。

⑤ 赵秉志：《金融诈骗罪新论》，北京：人民法院出版社，2001，第471页；冯涛：《恶意透支信用卡诈骗罪的认定及立法完善》，载《中国刑事杂法志》，2004(1)：49。

考虑，又要从客观方面去考量，不能人为地将二者割裂开来，也不能将二者合二为一。具体到故意型犯罪，社会之所以让行为人承担刑事责任，除了行为具有严重的社会危害性，侵犯了法律所保护的利益这一客观基础外，还有不可忽视的主观基础，行为人明知自己行为会发生危害社会的结果，却仍然希望或者放任危害事实的发生，其主观上有严重的可责难性，这也是行为人承担刑事责任的重要依据之一。

就恶意透支型信用卡诈骗罪而言，"以非法占有为目的"是其主观要件，"超过规定限额或者规定期限透支，并且经过发卡行催收仍不归还，且数额较大"是其客观要件，在证明行为人构成犯罪时，这两个要件必须同时具备，缺一不可。如果将证明行为人客观要件的事实同时又将其作为证明主观故意的证据，则实质上取消了刑法对该犯罪主观要件上的要求，使恶意透支型信用卡诈骗罪从故意型犯罪演变成严格责任型犯罪。① 也就是说，只要证明行为人"超过规定限额或者规定期限透支，并且经过发卡行催收仍不归还"这一行为的存在，就可以认定行为人属于恶意透支，从而构成恶意透支型信用卡诈骗罪。这样的认定无疑违背了主客观相统一原则，走向了客观归罪的边缘。

从逻辑上看，恶意透支型信用卡诈骗罪的主、客观要件属于并列关系，一方面"超过规定限额或者规定期限透支，并且经过发卡行催收仍不归还，且数额较大"的行为，只有在非法占有这一主观故意的支配下实施时，才是刑法所规定的恶意透支行为；另一方面，非法占有的目的应一直存在上述行为当中。② 如果将恶意透支的客观要件作为其主观要件成立的前提，即只要存在"超过规定限额或者规定期限透支，并且经过发卡行催收仍不归还，且数额较大"的行为，就得出行为人具有"以非法占有为目的"的主观故意，那么前者就变成了后者的必要条件。以这样的逻辑来适用刑法，无疑是曲解了刑法的本意，扩大了刑法的打击范围。

总之，在认定恶意透支型信用卡诈骗罪的问题上，应遵循主客观

---

① 对于刑法上的严格责任，目前刑法学界存在着各种各样的解说，笔者赞同英国学者克罗斯与琼斯提出的绝对责任说，即"在实行严格责任的绝大部分情况下，通行的观点是，只要具备了犯罪行为方面的某些特定要素，那么被告人对事实的无知或认识的错误（不管错误多么合理），都不能成为辩护理由，这是因为，对于具备这种特定要素的案件来说，被告人的犯罪意图如何，是不需要证明的。"鲁伯特·克罗斯、菲利普·A·琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，北京：中国人民大学出版社，1991，第67页。一般认为，刑法上的严格责任属于客观归罪的范畴。

② 张红梅：《恶意透支信用卡的定性分析》，载《人民法院报》，2008-07-09。

相统一的原则，既要看到行为的客观危害，也要看到行为人的主观恶性，在银行的财产权与持卡人的人权之间找到平衡的支点。若仅凭客观危害来推定持卡人具有主观恶性，进而追究其刑事责任，必然会侵犯持卡人的权利与自由。

三、刑罚面对透支不还行为应如何作为——从应然的保持谦抑到实然的刑法万能

司法实践中很多人认为，我国近两年利用信用卡透支不还的情况日益严重，[①] 其中一个重要原因就是打击不力，在当前社会诚信大面积缺失的情况下，要从根本上解决目前我国信用卡市场上出现的问题，就要“乱世用重典”。[②] 笔者认为，这种过分夸大刑法功能的做法有值得商榷之处。对于目前我国信用卡市场存在的这类问题，固然有部分持卡人缺乏诚信的原因，但我国信用卡市场竞争的无序和管理的混乱也同样难辞其咎。如果不分青红皂白，直接动用刑法来规制，不仅有违刑法谦抑性，而且还容易掩盖问题的真正原因，不利于从根本上解决透支不还问题。

(一)刑法谦抑性的含义及其应然性

刑法的谦抑性(又称刑法的经济性或者节俭性)是由日本学者首先提出来的，是目的刑主义刑法思想与报应刑刑法思想论战的产物。根据日本刑法学家平野龙一的概括，就是指“即使行为侵害或者威胁了他人的生活利益，也不是必须直接动用刑法，可能的话，采取其他社会统治手段才是理想的，可以说，只有在其他社会统治手段不充分时，或者其他社会统治手段(如私刑)过于强烈，有代之以刑罚的必要时，才可以动用刑法，这就是刑法的补充性或者谦抑性。”[③]与刑法谦抑性相对应的就是重刑主义与刑法万能主义，重刑主义与刑法万能主义是专制社会的产物，在我国建设社会主义法治社会的今天，当属破除之列。

作为现代刑法哲学的基本价值之一，刑法的谦抑是历史发展的必

---

① 随着大量的卡发给“80后”的“高消费、低收入”人群，我国的信用卡不良率开始恶化，据估计2009年信用卡不良率上升至3%，是两年前的3倍。参见：《信用卡犯罪不是“主流风险”》，http：//finance. ifeng. com。

② 《2009辽沈信用卡安全与消费高峰论坛落幕》，http：//www. ln. xinhuanet. com。

③ 张明楷：《刑法格言的展开》，北京：法律出版社，1999，第104页。

然趋势。“一部人类惩罚的历史，正好象征着惩罚本身逐渐凋零的历史。”①世界各国法律发展的历史都遵循着这样的规律，刑法渐渐从无所不包的对社会关系的调整退缩到一个突出其特殊调整手段的法律部门再到保障法的演变过程。② 在现代法治社会中，存在着多方面、多层次的法律规范，它们有机地组成了一个完整的法律体系。每一个具体的法律规范都负担其调整特定领域内社会关系的重任。但是，“在这个完整的法律体系中存在着一种严格的阶梯关系，在这个阶梯关系中，刑法是保证各种法律规范得以贯彻执行的最后一道屏障，它始终处于保障法的地位。”③只有当其他法律制裁手段再也不能也不足以制止和惩罚触犯其规定的行为时，国家公权力才不得已而动用刑法来宣布这种行为是犯罪，并动用刑罚来加以惩罚。

(二)对透支不还行为的定性分析

不可否认，我国在金融领域的刑事立法及司法，沿袭了传统的银行是行政机构的思维模式，反映在刑法上，表现为过于注重保护银行的利益，而忽视了对客户的保护。④ 立法及司法实践中的这种“银行中心主义”，易使银行产生优越感，将透支不还的原因一味归咎于持卡人缺乏诚信，对信用卡市场本身管理的混乱与竞争的无序熟视无睹。“在各种角色偏离中，权责偏离和剧情偏离对诈骗目的的实现具有更大的贡献，是危险骗局的要害。”⑤

“从历史上看，不论德国还是日本，经济犯罪的概念产生于战时经济统治法之下。在那个时代，法律保护的权益，重视的是国家的经济制度、经济秩序这种抽象的利益，而不是消费者、企业的具体经济利益。在自由市场经济秩序下，社会开始重视保护消费者、企业的经济利益。”⑥在市场经济体制下，我们应该把银行从以国家财产守卫者自居

---

① 陈秉璋、陈信木：《道德社会学》，台北：桂冠图书股份有限公司，1988，第336页。

② 历史法学派的代表人物梅因爵士在考察了条顿法典、古罗马古希腊法典、日耳曼法典、德累科法典的基础上得出结论：“法典愈古老，它的刑事立法就愈详细、愈完备。”基于此，梅因爵士甚至不无先见地把民法与刑法的比例高低作为衡量一个国家文化高低的标准。参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，1959，第207页。

③ 杨兴培：《许霆案的行为性质认定及其法理思考》，载《经济犯罪司法适用疑难解析》，北京：知识产权出版社，2008，第111页。

④ 高艳东：《金融诈骗罪立法定位与价值取向探析》，载《现代法学》，2003(3)：145。

⑤ 白建军：《金融犯罪研究》，北京：法律出版社，2000，第115页。

⑥ [日]西原春夫：《日本刑事法的重要问题(二)》，金光旭等译，北京：法律出版社、成文堂，2000，第4页；转引自高艳东：《金融诈骗罪立法定位与价值取向探析》，载《现代法学》，2003(3)：145。

的神圣位置上请下来，使其回归到商业机构这一合法合理的地位上来。在银行与客户平等保护的视角下，我们会发现“银行中心主义”视野下的一些触犯银行“龙颜”、看似具有很大社会危害性的行为，其实只是平等主体之间的一些民事纠纷，根本不应动用刑罚去规制。从这个角度上讲，银行与客户平等保护的司法理念与刑法谦抑性实有暗合之处。

因此，我们有必要在平等保护的司法理念下，对不同情形下的透支不还行为重新进行审视，进而进行定性分析，以弄清哪些情况下的透支不还行为是民事纠纷，哪些是刑事违法。

如前文所述，法律对恶意透支型信用卡诈骗罪的主观要件和客观要件都有明确的规定，持卡人经催收不归还欠款与其具有非法占有的故意之间并不存在必然联系，控方要使指控成立就必须举出相应证据予以证明，而不能将该罪的客观要件作为前提事实，进而在客观要件得以证明的前提下推定主观要件成立，从而免除对该罪主观要件的证明责任。一般来说，对于下列情况造成的透支不还，如果控方没有其他证据证明持卡人具有非法占有目的，不应推定为恶意透支：因长期出差或出国等原因，未能及时收到发卡行的催收通知单而造成拖欠；因资金暂时周转困难，透支后无法按时归还；因生病住院或其他不可抗力因素导致暂时丧失偿还能力；因银行章程规定的透支利率不符合中国人民银行的有关规定，持卡人不愿按该利率支付利息而拖欠欠款；因不可抗力暂时丧失偿还能力而拖欠欠款等情形。

上述透支不还情形属于客观不能，即“欲为而不能”[①]，应认定为普通的债权债务纠纷，启动民事诉讼程序来保障银行的合法权益，而不是动用刑罚来规制。其原因有三：第一，从信用卡市场本身来看，信用卡市场是一个高利润、高风险的行业（如信用卡透支的利息远高于普通利息），“如你图别人的高利，别人就图你的本，即金融业具有很大的不确定性。”[②]这种高风险性既是银行营利的手段，也是客户对银行的要求，我们不能在允许银行对透支科以重息的同时，却对客户半步越池行为予以致命打击。第二，刑罚不是万能的。刑罚作为最严厉的事后惩罚手段，其作用是有限的。如不加以区分的将所有“经催收不还”的透支行为入罪，并无助于问题的真正解决，相反，它可能会掩盖

---

① 李文燕：《金融诈骗犯罪研究》，北京：中国人民公安大学出版社，2002，第245页。

② 曾康霖、虞群娥：《当代金融业的定位与发展》，载《金融理论与实践》，2001(5)：4；转引自李邦友：《恶意透支型信用卡诈骗研究》，载《重庆大学学报》(社会科学版)，2003(2)：121。

了透支不还情况频发的真正原因。透支不还问题的解决，核心是在努力建立和谐健康的市场文化，在提高各市场主体的诚信意识的同时，加快市场法制建设，提升行业监管水平，加强对商业银行、银行卡组织、收单银行等市场主体的监管。第三，有违刑法的谦抑性。刑法作为后盾法，具有补充性和最后性，是抗制违法行为的最后一道防线，在能够用其他法律手段调整违法行为时，尽量不用刑罚进行干预。“在金融领域，犯罪与金融风险行为的界限比传统犯罪更为模糊，而刑法对行为否定性评价的构成要件需要明确性和确定性，其他部门法规便承担起了确定界定的任务。刑法不能在无所依托，在缺乏其他部门法规界定违法的情况下就提前介入金融领域。”①所以，基于刑法的谦抑性，只有当金融领域的其他部门法规(主要是指民事法、经济法和行政法规)保障不了金融秩序的合理存在时，作为国家力量的最后手段的刑法才能介入。

当然，我们说在司法实践中应坚持刑法的谦抑性，并不代表刑法应该始终“无为”，在具体认定某一透支不还行为是否构成犯罪时，还是应坚持主观恶性与客观危害相统一的原则。对于有充分证据证明持卡人具有非法占有的故意，经银行催收后不还，且数额较大的，应以信用卡诈骗罪定罪。哪些行为或证据能证明持卡人具有非法占有目的呢？笔者认为，持卡人具有下列情形之一的，可以认定为其具有非法占有的目的：明知没有归还能力而大量透支资金后肆意挥霍的；将透支款用于违法犯罪活动，无法按期返还的；透支后转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；交叉投保取得信用卡后透支无力偿还的。当然，随着社会的发展，新的犯罪手段层出不穷，笔者也不可能穷尽所有具有非法占有目的的透支不还行为，但有一个原则需要把握：认定持卡人具有非法占有的目的，除了其客观行为——透支不能及时归还外，还须有其他独立的证据予以佐证，这样才不会扩大刑法的打击面，以保障持卡人的合法权益。

可能有人会说，由于恶意透支型信用卡诈骗罪属于发案率高、证明过错难的犯罪，在当前我国信用卡市场透支不还情形日益严重的局面下，如果必须取证证明持卡人主观上具有非法占有目的，势必会影响办案效率，造成犯罪分子逃避惩罚，不利于有效打击犯罪，维护我国的金融秩序。笔者认为，公正和效率是刑事诉讼的两大价值目标，

---

① 高艳东：《金融诈骗罪立法定位与价值取向探析》，载《现代法学》，2003(3)：144～145。

二者均不可忽视，只强调其中任何一方而忽视另一方的做法都是不正确的。但二者的地位不是平等的，和效率相比，公正永远都是第一位的，追求效率应当在保证公正的基础上进行，否则，这种效率没有任何意义可言，以牺牲公正为代价的效率本身就是一种非正义。“刑罚是最严厉的制裁措施，国家动用刑罚资源对一个处于弱势地位的个人进行权利剥夺，应该慎之又慎，一次不公正的判决所造成的危害远比一次犯罪的危害大的多。”①在不考察行为人主观方面是否存在罪过的情况下即追究其刑事责任，有凭借刑罚能动或防卫社会之名行“客观归罪”之实的嫌疑，其正当性和合理性值得我们深思。

(三)陈林案的应然结果——民事纠纷

综上，对于陈林的行为，我们根本没有必要通过刑法加以评价，以至于需要运用刑罚来对其加以惩罚。

1. 从本案案情上看，陈林并没有以非法占有为目的的主观恶意

在该案中，陈林透支 9 000 多元后并没有实施逃跑、恣意挥霍、从事违法犯罪活动等其他可以证明其主观上具有以非法占有为目的的行为，只不过是由于收入下降，觉得手头有点紧，想过一段时间再还而已。本案中法官是如何认定陈林具有非法占有的目的呢？显然是从客观要件推定出来的：首先，陈林透支了 9 000 多元银行款，并超过规定还款期限没有归还；其次，经银行催收后，陈林还是无动于衷；由此可以推定，陈林主观上具有非法占有的目的。正如笔者前文所述，司法实务中的如此推定无疑是曲解了刑法关于恶意透支型信用卡诈骗罪的规定，滑向了“客观归罪”的边缘。

2. 从刑法的谦抑性来看，把陈林与银行之间的债务纠纷纳入到刑法调整的范围并不适当

在本案中，陈林对于透支的 9 000 多元钱是有偿还能力的，如果银行通过民事诉讼的途径来寻求救济，其权利一样可以得到保护。可惜的是银行并没有这么做，而是通过刑事途径来解决，这也许对银行没什么损失，但对陈林来说，不仅面对严厉的刑事惩罚——拘役 4 个月，并处罚金 2 万元，而且还要一生背负上沉重的枷锁——罪犯，②这实际上是对陈林人权的一种侵犯。就像葛德文所讲的那样：“除非在

① 梁华仁、陈清浦：《刑法谦抑性的价值回归——以奸淫幼女的“明知”为视角》，http://falw.org。

② 根据我国现有观念，一个人一旦受过刑事处罚，就很难被世人接纳，会给他在今后的工作、就业带来很不利的影响。正是这个原因，很多人只好“破罐子破摔”，重新走上犯罪的道路。

千钧一发的关头，再没有什么事情必乞灵于惩罚更为非正义的了。真正的政治家将会把强制限制在最小的范围之内并且不断地寻求减少使用它的机会，而不是增加强制的机会并且把它当做挽救一切道德败坏的药方。"①

综上，笔者认为，陈林案只能有一个应然答案：民事纠纷，应由《合同法》进行规范、调整。当下的中国，明确反对罪刑法定原则的声音是没有了，但过分夸大刑法的功效，抱有刑法万能主义思想者还是大有人在。② 笔者认为，刑法是必要的，但刑法不是万能的。过分地放大刑法的作用，让刑法跳跃式地进入社会的各个领域，在一个法治社会里不但会伤及无辜者，而且会加大社会的司法成本。

四、结　语

英国哲学家边沁有一句名言，称"温和的法律能使一个民族的生活方式具有人性；政府的精神会在公民中间得到尊重。"这句话可谓刑法所以要奉行"谦抑内涵"的法哲学基本理论。应然世界中的"主客观相统一原则"和"刑法的谦抑性"相信每一个刑事法律人都能烂熟于胸，但是，在实然世界中，或许出于某些情况下的"形势需要"，或许出于对"刑法万能"的政治迷信，打着主客观相统一之名行客观归罪之实的现象屡见不鲜，在"维护社会秩序"这样美丽的理由下弃刑法谦抑于不顾的做法也普遍存在。通过陈林案，我们会发现，有时候在有些方面，应然世界中的法律理论、价值、原则和实然世界中的司法操作之间的距离还很远，要让实然世界中的司法去尽可能的接近应然世界中的法律，还有很多工作要做。

---

① [英]葛德文：《政治正义论(下卷)》，何慕李译，北京：商务印书馆，1980，第560页。

② 例如最近吵的热热闹闹的"欠薪入罪"问题，实际上也是刑法万能主义在作祟。笔者认为，欠薪问题和信用卡透支不还问题一样，问题的核心在于健全相关法律法规，加强监管。刑法的过多介入，并不能从根本上解决问题。

恶意透支型信用卡诈骗罪常见实务问题研究

邱志英[*]　吕晓华[**]

近年来，随着信用卡犯罪案件逐年递增，涉案金额也越来越大，尤其是恶意透支型信用卡诈骗犯罪，占全部信用卡犯罪的70%以上，成为妨害信用卡管理秩序犯罪的“重灾区”。如何准确理解和适用恶意透支构成犯罪的要件及量刑标准等问题，对保护我国信用卡产业健康发展、维护广大持卡人的合法权益、对严重扰乱信用卡管理秩序的持卡人予以刑事制裁意义重大。换言之，既要实现突出打击重点，又要严格控制打击面。本文拟对实践中如何正确理解和适用相关法律规定进行理论探讨，希望对司法实务工作有所裨益。

一、恶意透支的概念及要件概述

依照《刑法》第196条第2款的规定，恶意透支是一种信用卡诈骗犯罪的行为，具体是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。“两高”《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第6条对恶意透支构成犯罪的要件、量刑标准作了更为具体的规定：持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还的，应当认定为“恶意透支”。

根据上述规定，成立恶意透支型的信用卡诈骗罪，必须具备以下条件：主体是信用卡的持卡人；具有非法占有的目的；超过规定限额或者规定期限透支；经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还的。恶意透支的行为构成信用卡诈骗罪，上述四个要件缺一不可。

* 北京市海淀区人民检察院检察官。
** 北京市海淀区人民检察院检察官。

二、如何认定“以非法占有为目的”

信用卡透支存在善意透支和恶意透支，区分两种透支的分水岭在于行为人主观上是否具有非法占有目的。对行为人是否具有“非法占有目的”的判断，应当综合主客观方面进行综合判断。为了防止司法实践中将本是善意透支的行为定性为信用卡诈骗，《解释》结合恶意透支在司法实践中的具体表现形式，列举了应当认定为“以非法占有为目的”的6种情形：明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；肆意挥霍透支的资金，无法归还的；透支后逃匿、改变联系方式、逃避还款的；抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；使用透支的资金进行违法犯罪活动的；其他非法占有资金，拒不归还的行为。上述情形均表明持卡人有骗取发卡行资金的目的，具有主观恶性，应当认定为具有非法占有的目的。

根据2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定，“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪。在司法实践中，认定是否具有非法占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件具体情况具体分析……在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。”

应当说，《解释》规定的6种情形主要是以行为的结果作为判断标准，在法律未对非法占有目的的含义作出明确规定而理论界又普遍对其理解抽象化的情况下，这种较明确的判断标准发挥了重要的作用，是对司法推定理论的重要尝试。根据前述会议纪要精神，司法实务中应从严把握“非法占有目的”的认定，注意区分持卡人是主观上不愿归还还是客观上不能归还。司法机关应当允许行为人针对非法占有目的提出合理辩解，如因不可抗力丧失还款能力、长期生病或出差未能及时收到催收通知等，并有责任查证行为人是否具有努力还款的行为，以克服推定在特殊情况下的虚假性。并且，推定方法只能是“目的”无法查清、没有证据加以证明的情况下才可以适用，不能以推定取代调查取证。

三、如何认定“经发卡银行两次催收后超过三个月”

1. 发卡行催收的认定

根据《刑法》第196条第2款的规定，“经发卡银行催收后仍不归

还”，是恶意透支的行为成立信用卡诈骗罪的构成要件。《解释》将这一要件细化为“经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还”。只有“催而不还”才成立恶意透支，故而对催收的认定很重要。

《解释》未明确催收的方式、送达及不当或非法催收等问题。实践中，发卡银行多采用电话催收、信函催收、上门催收、诉讼催收[①]等。在催收的认定上，公安机关一般要求银行提供催收的确切证据，这些证据可以是电话催收记录单、电话催收录音、上门催收签收单、以挂号信邮寄的催收凭据等。这些催收方式是否符合刑事诉讼证据标准，能否认定为是对持卡人的催收，实务上还存在困难。

在审查催收证据时需注意以下几方面：第一，催收能否确定是对持卡人的催收。催收单上是否明确了注明持卡人的姓名、身份证号码以及对相应的被催收的银行卡卡号。第二，催收单上是否详细描述了每次催收的时间、方式、催收人员、催收对象及催收结果。第三，催收单上是否盖有发卡行的公章。对于外包公司的催收单，还要审查是否附有发卡行的授权书。第四，持卡人是否确实收到了催收单。由于催收通知单是由发卡行单方面出具，所以时常受到辩护律师的质疑，持卡人也常以不知道银行在催收作为辩解理由。笔者认为，在审查催收证据时，除持卡人在申领信用卡时故意提供了虚假的联系方式和联系地址外，要特别注意审查持卡人是否确实收到了催收通知。发卡行在向司法机关提供证据时也应优先提供能证明持卡人签收的催收通知。

关于不当催收引起的法律后果。《商业银行信用卡业务监督管理办法》(以下简称《办法》)第68条规定，发卡银行应当对债务人及其担保人进行催收，不得对债务无关的第三人进行催收，不得采用暴力、胁迫、恐吓或辱骂等不当催收行为，对催收过程应当进行录音，录音材料至少保存2年备案。该《办法》对不当催收做了禁止性规定，但是没有明确违反该规定的法律后果。实践中，某些案件的嫌疑人辩称不还款的原因是因为受到催收人的骚扰、辱骂、威胁恐吓甚至殴打，因此产生逆反心理，拒绝向银行还款。应当说，如果有证据证明银行的催收(包括其外包公司)是不当的或者是非法的，例如在给欠款持卡人的函件信封上明确表明“欠债催收”等字样；使用电话骚扰方式进行催收；将欠款持卡人的欠款情况随意在其居住或工作的场所公开等，那么首先该次催收在法律上无效；其次，持卡人基于不当催收而同发卡行签订的还款协议不发生法律效力；最后，若催收行为触犯刑法，则构成

---

① 是指发卡银行以持卡人为被告向法院提起民事诉讼。

犯罪。银行对其外包公司的不当或非法催收承担法律责任。

2.“两次催收后超过三个月”的起算时间

司法实践中，如何认定银行对欠款持卡人两次催收超过三个月的起算时间做法不统一，主要有三种：一是从银行最后一次还款次日起算；二是只要银行开始了催收，就开始起算；三是以持卡人接到银行以书面形式发出的第一份催收单开始起算。笔者赞同第一种做法。透支消费是信用卡的基本功能，在持卡人最后一次还款前，其与发卡行之间存在民事借贷关系，应受民事法律调整。换言之，此时的催收是民事法律意义上的催收，而非刑法法律意义上的催收。只有进行了最后一次还款后，发卡行的催收才是刑法意义上的催收。因此，“两次催收后超过三个月”应从最后一次还款后次日起算。

如何理解“最后一次还款”。实务中主要有两种观点：一种观点认为，最后一次还款需达到或高于银行的最低还款额，否则不能视为最后一次还款。另一种观点认为，只有欠款人进行了还款，无论还款金额多少，即使没有达到银行要求的最低还款额，也应视为最后一次还款。笔者认为，在没有明确法律依据的情况下，从有利于被告人的原则出发，第二种观点更合理。

关于催收的时间间隔。《解释》和《办法》均未明确催收的时间间隔。《解释》规定两次催收，是因为发卡行作为债权人，应本着对客户负责的态度，视客户的信用情况决定催收期限，其催收主要针对拒不偿还透支款项的不良客户，这也是《解释》未明确两次催收时间间隔的原因所在，旨在让发卡行灵活弹性掌握。但这并不意味着催收可以没有时间间隔。实务中，对于在同一天进行两次以上催收的一般认定为一次，如果有骚扰催收嫌疑的则不予以认定。

四、如何计算犯罪数额

根据《解释》第6条规定，恶意透支的数额，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后拒不归还的数额或者尚未归还的数额。不包括复利、滞纳金、手续费等发卡银行收取的费用。根据这规定，司法机关常以本金数额作为持卡人恶意透支信用卡的犯罪数额。且不论这样认定犯罪数额是否妥当，如何计算本金也存在分歧意见：一种观点认为，应以银行出具的欠款本金金额来认定，因为银行是专业机构，其出具的本金数额是以其行业内部的计算方法为基准，是科学的，合理的。一种观点认为，

本金金额应是纯粹的消费数额减去还款数额，实践中，银行出具的本金数额实际上包括了部分银行利息、滞纳金、手续费等费用，这不符合司法解释的规定，对欠款持卡人也不公平。还有一种观点认为，在欠款持卡人最后一次还款前，其与银行之间存在民事上的债权债务关系，欠银行的钱应适应民事法律调整，欠款数额包括本金、利息、费用等。在最后一次还款后，经过银行多次催收仍不还款，欠款持卡人非法占有目的就凸显出来，从而进入刑事法律调整的视野，此时其犯罪的数额应是最后一次还款时所欠银行的金额。

笔者认为，第一种观点参考了银监会的部门规章——《商业银行信用卡业务监督管理办法》，从规范的角度是可取的。但是该规章第 57 条规定，发卡银行收到持卡人还款时，按照以下顺序对其信用卡账户的各项欠款进行冲还：逾期 1—90 天(含)的，按照先应收利息或各项费用、后本金的顺序进行冲还；逾期 91 天以上的，按照先本金、后应收利息或各项费用的顺序进行冲还。根据该规定，银行提供的欠款本金实际上包括了欠款人所欠银行的部分复利、滞纳金、超限费等费用，若发卡行通过民事诉讼途径主张权利，是合适的，有法可依的。但是在发卡行通过报案方式主张权利时，若继续根据这一规定来计算持卡人的犯罪数额，就违反了《解释》的排除性规定。第二种观点，从刑法的谦抑性出发，本着有利于被告人的原则来认定犯罪数额是可取的，但是据此计算犯罪数额出现了一些荒唐的个例，如银行报案持卡人恶意透支，但是经过司法机关计算，持卡人偿还银行的款项还超过其消费金额，本金数额是个负数。第三种观点，考虑了民刑衔接的问题是合理的，但是也没有考虑到《解释》的排除性规定。

笔者认为，《解释》规定恶意透支的数额不包括复利、滞纳金、手续费等发卡银行收取的费用，既没有使用本金的概念，也未将单利排除在外，因此以欠款本金来认定犯罪数额是没有法律根据的。并且银行主张单利也应当获得支持，故而应当取银行本金及单利之和作为犯罪数额。这样即坚持了刑法的歉抑性原则，防止打击范围过大，又没有违反《解释》的排除性规定，同时体现了民刑事两种途径保护债权的区别，即刑事途径对具有民事违约金性质的债权不予保护。

五、其他问题

发卡行在债权丧失提起民事诉讼的时效情况下还能否认定为信用卡诈骗罪？

尽管信用卡争议提起诉讼出现诉讼时效丧失的概率较低，但不能说就不存在诉讼时效丧失的可能性。若发卡行对欠款持卡人提起民事诉讼的时效丧失，其债权是否还应受到刑事法律的保护，换言之，欠款持卡人恶意透支的行为是否还构成犯罪。笔者认为，答案是否定的。银行债权丧失提起民事诉讼的时效，意味着该债权变成了自然债，自然债的显著特征之一就是“非强制性”，即欠款人承担没有法律强制执行效力的给付义务。因此，若通过刑事判决书，确认发卡行的债权，重新赋予该债权具有强制执行力，这与民事诉讼时效制度设置的初衷相违背。

参考文献

[1]李光耀：《恶意透支信用卡诈骗罪若干问题思考》，载《法治研究》，2010(6)。

[2]董峥：《游离于法律边缘的信用卡催收外包业务》，载《中国信用卡》，2009(10)。

[3]丁惠颖：《恶意透支型信用卡诈骗罪司法认定中部分问题研究》，载《贵州警官职业学院学报》，2010(2)。

[4]刘鑫：《信用卡诈骗罪之司法认定》，载《华北电力大学学报》(社会科学版)，2010(3)。

[5]刘涛：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》，2010(1)。

[6]冯涛：《恶意透支信用卡诈骗犯罪的认定及立法完善》，载《中国刑事法杂志》，2004(1)。

论恶意透支型信用卡诈骗罪的若干争议问题

李　娜[*]　周治成[**]

信用卡诈骗罪从犯罪构成要件上看，是一个相对比较复杂的罪名。但是如今在司法实践中，信用卡诈骗罪已经成为一种常态、多发甚至“泛滥”的犯罪，这其中绝大多数案件的犯罪行为都属于恶意透支。该类型信用卡诈骗在司法实践中突出呈现出三个困扰司法者的问题，即对行为人非法占有目的的认定，恶意透支的本金数额计算以及行为人或其亲属案发后还款这一情节如何评价。司法者如果没有妥当地处理好这三个问题，就将会导致出现相同相近情形的案例却得出不同处理结果的矛盾，这显然与罪刑法定原则和适用法律平等原则相违背，势必会抑制公民的预测可能性，进而影响司法的公平与公正。

一、对行为人“非法占有为目的”的认定

(一)恶意透支是否要求以非法占有为目的

信用卡恶意透支是否要求行为人必须具有以非法占有为目的，这在刑法理论界曾一度存在争议。即恶意透支只是行为人一种单纯的客观行为，还是一种客观行为和主观目的相结合的复合行为。

持否定论者认为，认定信用卡恶意透支行为，只需从客观上判断，即只需要考虑信用卡透支是否“超过规定限额”或者“超过规定期限”，无需考虑持卡人是否以非法占有为目的。理由是行为人只要客观上实施了违反诚实信用原则的行为，也就是恶意的行为，无需再要求一个额外的非法占有银行资金的目的。因为诚实信用原则要求当事人以善意、诚实的心理对待对方当事人和社会公共利益以实现当事人之间的平等以及个人利益与社会利益之间的均衡，所有持卡人在办理信用卡时已经充分地了解了关于信用卡透支的规定，亦即所有持卡人都知道和应当知道，信用卡透支必须自发卡银行《信用卡章程》规定的或者发

---

* 北京市海淀区人民检察院检察官。

** 北京市海淀区人民检察院检察官。

卡银行授权的限额内归还本息，持卡人违背这两条基本要求，无论是故意还是过失，进行信用卡透支，属于明知故犯，这本就是恶意透支行为。而持该观点的学者同时认为，以非法占有银行资金为目的进行信用卡透支，是一种具有刑事违法性的恶意透支行为——恶意透支只有在以非法占有为目的时才能成立。① 从否定论的观点来看，该观点实际上是将恶意透支一词的含义扩大化理解，即恶意透支包含了不具非法占有为目的的民事违约性(不具有刑事违法性)恶意透支和含有非法占有为目的的具有刑事违法性的恶意透支两个分支。换而言之，以非法占有为目的是恶意透支行为是否具有刑事违法性的判断标准而不是行为的判断标准。

本文认为该观点并不妥当。首先，从词语的结构分析，“恶意透支”是定语加核心词组成，恶意作为行为人主观意识修饰行为主体的核心行为透支。而透支本身就有超出、超过支出之意，所以无论是超过规定限额或者超过规定期限透支都只是透支的形式之一，并不能体现出行为人善意或者恶意的主观意图。因为行为人在不注意的情形下，完全可能透支金额超出限额一点。仅仅当行为人拥有了主观上意图非法占有银行资金的目的后，才能恰当的反映出行为人是在恶意的驱使下进行的透支行为，从而才能被称之为恶意透支。其次，将非法占有为目的理解为刑事违法性的判断标准并不合适。信用卡诈骗罪是数额犯，恶意透支的金额满足一定数额标准之后，才被刑法所评价，因此，数额实际上才是恶意透支是否够罪的刑事违法性的关键判断标准，而以非法占有为目的则是恶意透支的构成要件要素之一。如果将以非法占有为目的理解为刑事违法性的标准，反而会倒置模糊恶意透支行为的构成要件要素。最后，从司法实践来看以非法占有为目的并不好判断，司法者需要运用一定的自由裁量权进行评判，如果将其放入行为构成要件之外的违法性事由进行判断，司法者的判断更不受明确的构成要件行为所约束，这必然会更加扩充司法者对恶意透支信用卡行为是否够罪的自由裁量权，从而容易带来相同或相类似案例得到不同处理结果，影响司法行为的权威性。

肯定论是现在的通说，持肯定论的学者认为，“诈骗罪必须以非法占有为目的，金融诈骗罪作为诈骗罪的特殊类型，都要求以非法占有为目的；信用卡诈骗明显具有财产犯罪的性质，当然也要求具有非法占有目的。即使刑法分则条文没有明文规定非法占有目的，也应认为

① 曲新久：《恶意透支之信用卡诈骗罪的认定》，载《人民公安》，2002(4)。

'以非法占有为目的'是不成文的构成要件要素。"[①]同时，立法也持肯定论的立场。《刑法》第196条第2款对刑法中的恶意透支这一法律术语进行了明确的解释，即恶意透支是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。众所周知，信用卡本身就具有透支消费的功能，刑法规范对恶意透支这一术语的阐释，也就明确将刑法要规制的恶意透支行为将从利用信用卡透支行为这一领域单独剥离出来，而依据的标准就是持卡人是否具有了非法占有为目的。"善意透支与恶意透支是相对而言的，二者属于排斥关系。"[②]如果持卡人具有非法占有目的，持卡人的透支行为就是刑法语境下定义的恶意透支行为。反之，就是善意透支行为，不被刑法规范所评价。

(二)如何判断行为人具有非法占有为目的

前一问题的争议已经随着立法的明确和理论研究的深入有了相对一致的通说，但是紧随而至的后续问题——结合证据如何判断行为人具有非法占有为目的这一问题却至今在司法实践中困扰着司法者。

"犯罪目的，是指犯罪人希望通过实施某种犯罪行为实现某种犯罪结果的心理态度，也就是以观念形态预先存在于犯罪人头脑中的犯罪行为所预期的结果。"[③]以非法占有为目的是行为人在恶意透支时的主观意识，主观只能通过客观行为征表。而由于信用卡使用的特殊性，恶意透支行为在行为外部特征上与善意透支行为基本一致。而且"现行规定的经发卡银行催收后仍不归还只是认定是否具有非法占有的目的的标准之一，即使具备了这一客观特征，也不能完全断定行为人有非法占有的目的。"[④]因此，在判断持卡人透支时是否伴随以非法占有为目的就不可能通过透支行为或者单纯的未还款的结果来进行，而必须依据持卡人与透支行为紧密相连的其他附属行为来判断。而究竟哪些附属行为在结合证据证实后能够证明持卡人具有非法占有的目的，又是一个复杂且缺乏统一标准的问题。

2009年12月3日最高人民法院、最高人民检察院共同出台了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《信用卡刑事案件应用解释》)，其中第六条第二款对认定"以非法

---

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第668～669页。

② 赵秉志、许成磊：《恶意透支型信用卡诈骗犯罪问题研究》，载《法制与社会发展》，2001(3)。

③ 陈兴良、周光权主编：《刑法总论精释》，北京：人民法院出版社，2010，第364页。

④ 黄京平、左袖阳：《信用卡诈骗罪若干问题研究》，载《中国刑事法杂志》，2006(4)。

占有为目的"列出了六种情形：(1)明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；(2)肆意挥霍透支的资金，无法归还的；(3)透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的；(4)抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；(5)使用透支的资金进行违法犯罪活动的；(6)其他非法占有资金，拒不归还的行为。从该司法解释来看，实际是希望通过演绎推理的方式列举能够表征持卡人非法占有目的的行为，以此限制司法者的自由裁量权。但是司法解释尽管对这类行为进行了明确和细化，但是并没有消除在司法实践中如何认定非法占有目的困惑。一方面是因为该解释的叙述仍然有比较大的再解释和自由裁量的空间；另一方面也因为能够和该解释非常清晰对应的案例并不普遍。例如，何某信用卡诈骗案。[①] 在该案中，一则是何某在持卡透支消费后没有任何一笔还款；二则是改变了联系方式未通知银行，可以说何某的行为与上述司法解释第3项的透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的行为完全符合，非法占有银行资金的目的明显。但是，这样具有典型性的案例并不常见，相反比较常见的恶意透支型信用卡诈骗的案件中存在的主要问题是游离于上述司法解释列举的前两项行为的边缘。何种证据组合下能够证明持卡人是明知没有还款能力而大量透支无法归还，何种情形下是肆意挥霍透支的资金无法归还的行为，从目前的司法实践的掌握情况来看是非常混沌的。下面本文就司法解释所列举的前两项证明行为人具有非法占有目的的表现具体分析如下。

1. 明知没有还款能力而大量透支，无法归还的

这一项解释条文可以分为三层来理解：(1)没有还款能力而大量透支，这意味着客观上行为人的还款能力和其利用信用卡透支的金额不相匹配，以行为人的收入经济实力不可能来正常按照信用卡管理规定的期限进行还款；(2)"明知"，即行为人在利用信用卡进行透支前，就已经认识到以自己的经济收入水平是无法偿付自己所欲透支的款项的；(3)无法归还是一种客观状态，从一般情况而言，行为人主客观上具备了前两层的表现，就已经能推断出非法占有的目的，但是不排除行为人通过借款等其他渠道来偿还明知没有还款能力而大量透支的钱款，

---

① 基本案情：犯罪嫌疑人何某于2008年7月使用本人身份证件办理了一张交通银行信用卡，何某于同年8月29日起持该信用卡在海淀区中关村等地通过刷卡消费形式进行恶意透支。2008年9月3日持该信用卡完成最后一笔刷卡消费，自持信用卡消费以来，何某从未有过还款，至案发日共拖欠交通银行本金人民币15905.10元。交通银行自2009年2月6日开始通过电话、信函以及上门方式对其进行催收，最后一次催收时间为2010年5月24日，超过3个月，何某一直未予还款。期间，何某变更联系方式未通知银行。

因此如果行为人虽然明知没有还款能力而大量透支，但是却归还了透支的金额，则阻却行为人非法占有目的的认定。

目前司法实践中往往呈现出的情形是：首先行为人收入水平和信用卡透支的额度存在差距；其次行为人确实透支了接近额度的金额；再则经银行多次催收超过三个月未还，于是入罪。大量此类的案件依照该模式推理入罪，淡化和模糊了行为人非法占有目的的认识。收入水平低于信用卡透支额度并不意味着行为人明知没有还款能力而大量透支，因为信用卡的还款并非一次性，而是有阶段分期次的偿还，信用卡透支本身就是“用明日的钱买今日的单”，行为人完全可能在自己收入水平低于信用卡透支额度的情形下，合理的利用信用卡还款规定，合规的使用信用卡进行超出个人收入水平的透支。因此，从保护、鼓励公民行使权利，避免公民行为萎缩的角度，此时应当优先推定行为人利用信用卡透支消费是善意的。而如果客观上实际出现了行为人超过三个月未还的结果，则还应具体判断案件中是否存在阻却行为人非法占有目的的事由。“如果只是存在合理的客观因素的不能归还，则是客观不能而不是主观不愿。”①

那么哪些事由可以阻却推定行为人具有非法占有目的，本文根据目前信用卡诈骗案件常见的情形，认为可以概括为两类。

(1)失业。如果行为人在持信用卡透支消费时具有工作收入来源，而在消费一定金额后失业，暂时丧失了工作收入来源，从而导致行为人未能在规定的时间内偿还信用卡欠款。这就无法说明行为人在利用信用卡进行透支时是具有非法占有的恶意，完全有可能是因为失业而导致行为人具有还款意图却无法履行还款行为，即己所欲而无可为，此时就不适合认定行为人对其透支的信用卡金额具有非法占有目的。②

(2)意外事件引发经济状况严重恶化。行为人在持卡消费时经济状况相对稳定，但后由于意外事件介入致使行为人发生大额财产支出，导致行为人经济状况严重恶化，例如重大疾病。这使得行为人无法偿还意外事件发生之前信用卡的透支消费，则无法说明行为人在利用信用卡进行透支时是具有非法占有的恶意，同样是己所欲而无可为，不适宜认定行为人对其透支的信用卡金额具有非法占有目的。

---

① 李光耀：《恶意透支型信用卡诈骗罪若干问题思考》，载《法治研究》，2010(6)。

② 当然，如果行为人在失业的情况下，明知自己已无日常收入来源，仍然持原办理的信用卡进行透支消费并超过三个月未还，则可认定行为人对失业后使用信用卡透支消费的金额存在非法占有目的。

综上所述，对于《信用卡刑事案件应用解释》认定"以非法占有为目的"的第一种情形的理解，本文认为行为人超出个人经济收入能力一定限度，利用信用卡透支消费超出三个月未还，并不能就认定行为人对透支金额一律具有非法占有的目的，而应根据个案证据具体进行分析，看行为人是否存在阻却其非法占有目的的事由，是行为人己所不欲故而不为还是己所欲而无可为，亦即有学者所谓的"给予持卡人抗辩的权利"①，只有排除行为人存在阻却非法占有目的的事由，确定行为人是"明知没有还款能力"而大量透支，才能认定行为人的非法占有目的。如果个案证据显示，行为人存在透支消费后失业(失去原本的收入来源)或者意外事件引发经济状况严重恶化致使无法偿还信用卡钱款，就不应认定行为人对信用卡透支的金额存在非法占有的目的。②

2. 肆意挥霍透支的资金，无法归还的

在对司法解释的这一项进行分析时，首先要明确的是，刑法规范和司法解释从根本上说都是从保护权利和维护秩序为基本出发点的，所以如果行为人没有超过必要限度行使自己的合法财产权，没有违背法律的禁止性规定和公序良俗，就受到法律的保护和肯定。在此范围内，行为人可以任意处分自己的财产。作为信用卡的合法持有人，其按照银行信用卡管理规定和信用卡的功能特性透支出来的本金当然属于行为人所合法拥有、使用的财产，只要用途不是从事违法犯罪活动，行为人可以随意使用信用卡透支的本金。即使行为人使用透支的本金用于奢侈消费、个人铺张挥霍，就该行为本身来看，不违反任何法律规定，由此可知该项司法解释肯定不是要单独规制信用卡持有人挥霍透支本金的行为。

明确了这一点后，我们再对该项解释进一步进行分析。既然行为人单纯的挥霍透支资金的行为不违反法律的规定，那么只有在挥霍透支资金并且没有归还银行资金的情况下才能解释为非法占有银行资金的目的。可是如果把这条按照字面逻辑进行解释，由于行为人肆意挥

---

① 陈海燕、刘根娣：《信用卡诈骗罪若干疑难问题研究》，载《法治论丛》，2009(6)。

② 也有学者提出，只要行为人在相应银行有存款，足以支付透支数额的，也应当属于这种排除主观非法目的的事由。该观点认为，行为人在透支后，经发卡行催交后未归还，行为人没有携款逃跑，也没有恶意改变自己通讯、住址的。至案发时，行为人出具在透支时本人在相应银行的存款证明，且存款数额足以支付透支款项的，应排除行为人具有非法占有目的。刘鑫、万志尧：《信用卡诈骗罪之司法认定》，载《华北电力大学学报》(社会科学版)，2010(3)。但是本文并不赞同这种观点，行为人在透支时明明有能力偿还信用卡，但是经银行反复催收后拒不归还，恰恰证明了行为人对于信用卡透支的钱款具有非法占有目的，即主观不愿而非客观不能。

霍透支的资金，致使行为人无法归还所欠资金，所以行为人具有非法占有目的，那么这一解释结论就和上述第一款的"明知没有还款能力而大量透支，无法归还的"在形式上具有极强的相似性和重叠感，就失去了该款解释存在的价值和意义。本文认为，该项实际上更应该解释为行为人肆意挥霍透支的资金并拒不归还的行为，即行为人肆意挥霍透支的资金，而且行为人有能力归还，但是行为人拒不归还，所以从行为人的行为推导出行为人的非法占有目的。那么在司法实践中，证据上能够证明行为人的经济能力足以偿还所欠的信用卡透支金额，但是行为人经过银行催收超过3个月拒不归还，那么行为人的这种行为就与该项司法解释相对应，从而证明行为人的非法占有目的，认定行为人主观上符合恶意透支型信用卡诈骗罪的主观构成要件。

二、恶意透支的本金数额计算

恶意透支型信用卡诈骗犯罪是典型的数额犯，即认定的行为人信用卡恶意透支最终的数额决定了行为人是否构成信用卡诈骗罪，并进而决定了应当在哪一个量刑幅度内对行为人科处刑罚。因此，信用卡诈骗罪恶意透支数额的计算就成为了评价行为人罪与非罪、罪轻罪重的决定性因素。但是，与这一问题的重要性存在不协调反差的是，至今很少有人对这一问题进行专门深入的探讨和分析。这就导致这一认定恶意透支型信用卡诈骗犯罪的关键问题呈现出一种不稳定的状态，即相同的案例情况，司法者按照不同数额标准和方法进行计算，得出的结果就会不一致，司法实践中也已经出现了这样不相一致的判例。本文认为如果对恶意透支型信用卡诈骗的数额计算方法没有一个统一的标准，势必会影响司法的公平和公正。

(一)争议的产生

行为人申请使用信用卡进行透支消费，从而建立起行为人和银行之间的一道法律关系。行为人从银行申办信用卡，利用信用卡的透支功能，将本不属于自己财产的银行中的资金预先划归自己使用，后再偿还给银行这部分资金以及产生的相应利息和服务性费用。从本质上看，这种权利义务关系还是属于一种民事法律关系。但是刑法在介入这层法律关系时，并不是函射这道法律关系的全部。行为人持信用卡恶意透支时，刑法评价的仅是持卡人恶意透支的信用卡本金部分，即信用卡诈骗罪在对恶意透支行为人进行规制时，刑事违法性的标准就是行为人信用卡透支本金未还的数额是否达到一定

标准。至于行为人使用信用卡恶意透支时在本金基础上所产生的利息、滞纳金以及手续费等费用，刑法则相对保持缄默。因为“复利、滞纳金、手续费等发卡银行收取的费用具有民事违约金的性质，并且不同银行对其规定的数额不同，作为恶意透支数额予以认定不合理”①。但是，正是基于刑法对持卡人和银行之间法律关系的不完全干预和部分沉默，才由此产生了对银行信用卡透支本金未还数额的计算标准这一问题的争议。

(二)争议中的两种不同计算方法

目前在司法实践中分为两种截然不同的计算方法。

第一种是完全按照银行内部信用卡管理的标准进行计算，即行为人恶意透支的本金数额＝透支的本金＋[(手续费＋利息＋滞纳金)②－还款金额]。这意味着行为人向银行每还一笔钱，这笔还款都将优先抵偿信用卡透支本金所产生的手续费、利息、滞纳金，③ 只有当行为人每一期的还款金额超过这些附加费用时，剩余部分才会减抵行为人使用信用卡实际透支的本金。

第二种是直接按照行为人非法占有目的对应的本金数额进行计算，即行为人恶意透支的本金数额＝透支的本金－还款金额。这意味着行为人向银行每还一笔钱，这笔还款都直接抵偿行为人使用信用卡所实际透支的本金，④ 只有当还款金额超过本金时，剩余部分才会减抵透支本金所产生的利息等相关附加费用。⑤

两种不同的计算方法得出的结果相差甚远，更关键的是按照两种不同的计算方法得出的数额结果可能会直接决定了行为人是否构成犯

---

① 刘涛：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》，2010(1)。

② 仅截止到行为人最后一次还款时之前因透支所产生的手续费、利息和滞纳金。

③ 必须要说明的是，这里的手续费、利息、滞纳金仅指行为人最后一次还款前所产生的手续费、利息和滞纳金，因为只有行为人还款才会产生银行将行为人的还款优先冲抵这些费用的问题。行为人最后一次还款时尚未冲抵的手续费、利息、滞纳金以及后续“利滚利”产生的利息和滞纳金则不会影响到本金的计算，直接算作行为人信用卡透支所产生的其他费用。

④ 按照这种计算方式，因为行为人所有的还款都只和本金发生冲抵，所以从行为人自第一笔透支起所产生的所有手续费、利息和滞纳金都不会和本金发生冲抵，都是在其他费用行列内进行累计叠加。

⑤ 如果出现这样的情况，行为人也就不存在未还的信用卡透支的本金，从客观结果上看，当然也就无所谓刑法意义上的恶意透支。

罪，以孙某信用卡诈骗案为例，[①] 如果按照第一种计算方法也就是银行的计算方法，犯罪嫌疑人孙某信用卡诈骗恶意透支的本金数额是11 796.85 元，如果按照第二种计算方法，则孙某恶意透支的本金数额是9 863.8 元。恶意透支型信用卡诈骗罪的入罪标准是 10 000 元，如果本案按照上述第一种计算方法，孙某恶意透支的本金已超过 10 000 元，其行为就构成信用卡诈骗罪，但是如果按照上述第二种计算方法，孙某恶意透支的本金就未达到 10 000 元的入罪标准线，其行为就不构成信用卡诈骗罪。但是在面对这个问题时，究竟应该采取哪一种计算方法，在司法实践中没有形成统一的意见，存在不同的案例中适用不同计算方法的现象。这就意味着，如果个案中存在按照第一种计算方法行为人的透支数额构成犯罪，而按照第二种计算方法却不构成犯罪时，司法者会最终如何抉择和判定，对于行为人而言将是一个无法预测的问题。

(三)本文的观点

上述两种不同的计算方法同时存在于司法实践中，必然会影响这类案件处理结果的公正性和同一性，因此的确有必要在两种计算方法中择其一作为普适的标准指导司法者的行为。本文的观点是，采用第一种计算方法是合理与妥当的，理由如下。

(1)信用卡诈骗罪保护的是双重法益，既保护银行这一类特殊主体的财产权，又保护金融秩序下的信用卡管理和使用秩序。但是，正如有学者所言："信用卡诈骗罪侵犯的主要客体是信用卡管理秩序，次要客体是公司财产所有权。"[②]本罪在刑法分则中处于第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的章节中，因此从该罪在刑法典中的位置来分析，此罪首要保护的或者说着重突出保护的还是社会主义市场经济秩序下的信用卡管理秩序。所以在解释该罪构成要件和在司法解释中将事实与规范相对应时，应当首先将理念融入金融管理的秩序中，尊重、接收信用卡这一特殊媒介的使用规则和特性。第一种计算方法是按照信用卡使用的既定规则和消费还款的正当程序运行的，和整个金融秩序

① 基本案情：犯罪嫌疑人孙某于 2008 年 1 月办理了一张交通银行信用卡，后于同年 2 月 26 日起持该信用卡开始在海淀区中关村等地通过刷卡消费、兑换支票等形式进行恶意透支。2009 年 1 月 10 日用该信用卡完成最后一笔刷卡消费，同年 7 月 23 日完成最后一次还款人民币 200 元，至今拖欠交通银行本金人民币 11 796.85 元。交通银行自 2009 年 7 月 27 日开始通过电话、信函以及上门方式对其进行催收，最后一次催收时间为 2010 年 5 月 21 日，超过 3 个月，孙某至今未予还款，且期间变更联系方式未通知银行。

② 黄京平、左袖阳：《信用卡诈骗罪若干问题研究》，载《中国刑事法杂志》，2006(4)。

下的信用卡管理使用规则是一致的。反之如果按照第二种计算方法，就等于行为人因为触犯了信用卡管理使用规则而应受到惩罚，但是惩罚时却又否定信用卡管理使用规则而另设一套规则标准来衡量，从维护金融管理秩序的角度来看是肯定不合理的。

(2)不可否认，从实际效果来看，第二种计算方法比起第一种计算方法更有利于行为人。但是，在解释构成要件中的要素时应当尽可能客观，不能因为从解释结果上看有利于行为人就反向推理决定采用何种方法。行为人在办理使用信用卡开始进行消费时，就意味着行为人承诺遵守信用卡使用和管理的规则。所以基于信用卡，行为人产生了持卡透支消费和取现的权利，同时也就相应的要承担透支消费、取现、还款时产生的手续费、利息和滞纳金的相关义务。权利和义务是一个不可分割的整体，行为人既然享有信用卡所赋予的扩张化了财产权利，当然应当承担相应的义务。所以，抛开信用卡透支所产生的一系列手续费、利息和滞纳金，只孤立计算本金的第二种计算方法，并不符合权利义务相统一的基本法律原则。

三、行为人或其亲属案发后还款这一情节如何处理

有观点认为，在金融犯罪中“无论行为人实施何种欺骗行为，或者获取钱款后用以何种用途，只要案发前主动将钱款归还的，都必须否认行为人的非法占有目的”[①]。这种看法显然夸大了行为人案发后还款这一情节的功能，以事后的补救行为反过来否定行为人实施犯罪行为时的主观目的，这一逻辑并不可取，而且也有悖于罪刑法定原则之嫌。

行为人或其亲属在案发后退赔赃款不是法定的从轻减轻情节，司法者也不会单凭案发后退赔赃款的情节就必然对行为人决定不捕、不诉或者在法定刑幅度内从轻处罚。但是，对于恶意透支型信用卡诈骗，从司法实践的实例来看，行为人案发后在不同的刑事诉讼程序阶段向银行归还了信用卡透支的全部欠款[②]，不少案例的处理结果表明这一

---

① 肖晚祥、张果：《“非法占有目的”之刑事推定》，载《上海审判实践》，2010(3)。

② 这里所谓的全部欠款包含了信用卡透支的本金、手续费、利息和滞纳金等基于信用卡使用产生的全部费用。而因为信用卡本身的使用特点，信用卡透支后未按期还款所产生的利息和滞纳金会随着时间的推移，不断的增加。从目前司法实践的普遍情况来看，一般是以银行到公安机关报案的时间点作为信用卡利息和滞纳金累计计算期间的终止点。本文也赞同司法实践中这种“流行”的做法，故在此对这一问题不再做单独的论述。

情节确实对于行为人而言有着非常重要的积极意义。

以审查批捕阶段为例。在该阶段，行为人或其亲属向银行归还了信用卡的全部欠款，是否可以作为审查批捕的检察官作出无逮捕必要的不予批准逮捕决定的依据，这并没有一个定论。但是在实践中确实已经有相当数量的案件据此作出了不予逮捕的决定，例如董某信用卡诈骗案[①]。该案中，在审查批捕阶段，犯罪嫌疑人董某的近亲属替董某向银行偿还了信用卡恶意透支的全部欠款本息共计 28 000 元，银行出具了全部还清欠款的证明并表示谅解，检察机关据此以无逮捕必要作出了不予批准逮捕犯罪嫌疑人董某的决定。本文认为，这样的做法是值得肯定的，理由如下。

(1)从法益的侵害角度来看，恶意透支型信用卡诈骗既侵害了银行信用卡管理秩序又侵害了银行这一法人的财产权。行为人按照信用卡管理规定的本金、利息、滞纳金等一系列规定，在事后向银行偿还了全部欠款，不仅直接填补了行为人恶意透支行为给银行带来的财产损失，同时也表现出行为人对银行信用卡管理秩序的承认和尊重。从此意义上说，行为人的及时还款行为基本上能将其犯罪行为所侵害的法益恢复到被侵害之前的状态，不予逮捕完全能够保证被侵害法益的保护。

(2)基于宽严相济刑事政策，《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第 12 条规定，对于轻微刑事案件中犯罪嫌疑人认罪悔过、赔礼道歉、积极赔偿损失并得到被害人谅解或者双方达成和解并切实履行，社会危害性不大的，可以依法不予逮捕或者不起诉。因此，对于恶意透支数额未达到数额巨大的信用卡诈骗案件，在审查批捕阶段行为人已经全部偿还信用卡欠款的，检察机关作出不予逮捕的决定是贯彻落实宽严相济刑事政策的直接表现。

(3)根据最高人民法院 最高人民检察院最近出台的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条之规定，诈骗公私财物虽已达到“数额较大”的标准，但一审宣判前全部退赃、退赔，且行为人认罪、悔罪的，可以根据《刑法》第 37 条、《刑事诉讼法》第 142 条的规定不起诉或者免予刑事处罚。可见，对于行为人实施诈骗行为后能

---

① 基本案情：2008 年 12 月 19 日，犯罪嫌疑人董某在光大银行申办了一张信用卡，2009 年 1 月 5 日开始，董某持该信用卡在本市海淀区等地透支消费，最后一次即时消费记录为 2009 年 8 月 18 日 14 700 元，最后一次还款为 2009 年 12 月 21 日 1 500 元，拖欠银行 26 694.76元，其中本金 14 968.68 元。光大银行自 2010 年 4 月开始多次对董某进行催收，超过 3 个月，董某始终未予还款，且在 2010 年 8 月变更联系方式，未告知银行。

够全部补偿被害人损失的，从刑事诉讼最终的结果上看，司法机关是作出了积极肯定的解释。不予逮捕不仅能减少行为人被审前羁押的时间，而且也能够体现刑事诉讼程序整体对于行为人退赔被害人损失这一行为的一致肯定性。

综上所述，司法实践中，司法者对行为人及其近亲属在案发后向银行全部偿还了信用卡恶意透支的全部欠款的情形，无论是基于法益侵害角度进行审视，还是基于宽严相济政策和相关司法解释的考量，对于行为人作出不予逮捕、酌定不诉等有利于行为人的决定，是合法且合理的，应当成为司法者对待类似案的首要选择。

信用卡诈骗罪关于恶意透支若干问题的司法认定

王云光* 邹 振**

2009年12月3日，最高人民法院、最高人民检察院共同发布了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。《解释》规定了相关信用卡犯罪的定罪量刑标准，明确了办理妨害信用卡管理刑事案件法律适用中的一系列疑难问题。《解释》对于"恶意透支"进行了较为详尽的规定。明确规定凡持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还的，即被定为"恶意透支"。《解释》同时对信用卡恶意透支所涉金额进行了规范。规定透支额在1万元以上不满10万元的，应认定为"数额较大"；10万元以上不满100万元的，应认定为"数额巨大"；100万元以上的，应认定为"数额特别巨大"。而所谓透支数额，为持卡人拒不归还的数额或尚未归还的数额，不包括复利、滞纳金、手续费等。

《解释》对刑法中信用卡"恶意透支"的原有概念进行了完善，这也是国内首次为"恶意透支"给出明确定义。《解释》相关规定的出台，增强了司法机关认定"恶意透支"的科学性和可操作性，为准确、有效打击该类犯罪提供了法律依据。但是，随着恶意透支类信用卡诈骗案件量的增多，司法实践在适用该解释的过程中又出现了一系列新的问题。

一、关于透支本金的认定问题

《解释》规定：所谓透支数额，为持卡人拒不归还的数额或尚未归还的数额，不包括复利、滞纳金、手续费等。按照该解释的规定，信用卡透支的数额应当只包括其实际透支、取现的金额，也就是通常所称的本金，司法实践中也是如此掌握的。但是，笔者在办案过程中发

* 北京市海淀区人民检察院检察官。

** 北京市海淀区人民检察院检察官。

现一个奇怪的现象，一名犯罪嫌疑人辩解称其某张信用卡的还款金额已经超过消费、取现的金额，并不欠款，但是银行出具的欠款证明中明确表示其欠款本金数千元。笔者依据银行提供的交易明细，按照还款减去消费、取现的方法来计算，发现数值为负。也就是说，持卡人实际归还的数额比其消费、取现的金额的确要多一些。经过向银行相关人员核实，原来银行计算本金的方式与一般人认定的方式有所区别。在持卡人正常消费，按时还款的情况下，其本金数额是按照上述方式计算。而如果持卡人在刷卡消费后没有按时还款，在银行向其催收后方归还欠款，在持卡人逾期不还与接到催收通知还款之间，就会产生一些费用，如逾期利息、滞纳金等，如果下次持卡人又没有按期还款，而是等到银行催收后再还款，类似的费用又会产生，而银行在收到持卡人还款时，往往是先结算利息、滞纳金等费用，再结算实际透支、取现的数额。[①] 特别是在某张信用卡消费额度大，消费跨越的时间长，消费逾期后经催收方还款较为频繁的情况下，就会出现还款额超过实际消费额但本金数额仍然为负数的情况。

上面的问题理论上似乎很好解决，按照《解释》规定的精神，逾期还款产生的费用不能计入持卡人的透支数额，因为，透支数额仅是持卡人实际刷卡消费、取现的数额，不能要求持卡人对其没有实际使用的费用承担刑事责任。也就是说，一旦信用卡持卡人出现逾期后还款的情况，银行提供的本金情况就不准确，需要办案人员亲自计算。这给办案增加了诸多不便，特别在持卡人使用信用卡数量多，期限长，透支笔数多的情况下（这种情况在信用卡诈骗案件中的比例越来越高），需要办案人员对照交易记录逐笔计算，不仅工作量非常大，而且容易出错。

笔者认为，银行的做法是出于自身利益的考虑，如果银行首先结算实际透支数额，往往持卡人在归还实际透支数额之后就不再归还其他费用，而银行的利润来源大部分在于信用卡透支后产生的高额逾期利息、滞纳金等费用。但是，银行的这种算法不能作为认定持卡人刑事责任的依据，所以，上面的问题更多的是操作层面的问题，有待最高司法机关与银行就刑法上“恶意透支”的本金的计算问题达成一致意见。

---

① 《商业银行信用卡业务监督管理办法》第 57 条第 2 款规定：发卡银行收到持卡人还款时，按照以下顺序对其信用卡账户的各项欠款进行冲还：逾期 1—90 天（含）的，按照先应收利息或各项费用、后本金的顺序进行冲还；逾期 91 天以上的，按照先本金、后应收利息或各项费用的顺序进行冲还。

二、关于有效催收的认定问题

《解释》规定，持卡人超过规定限额或者规定期限透支，经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还的，方能被认定为“恶意透支”。这里指的两次催收应当如何理解，存在下面三个问题。

1. 如何认定银行完成了一次催收

第一种观点认为银行的催收函、催收电话实际到达持卡人处即完成一次催收，而不论持卡人是否实际了解到催收信息；第二种观点认为应当从持卡人实际收到催收函、接到催收电话，且从银行处了解到本人信用卡欠款已经逾期的信息时才能认定为一次催收。

笔者赞同第二种观点。信用卡刷卡消费、取现是一种完全合法的行为，但是持卡人如果在非法占有目的的支配下，超过规定限额或期限透支，经银行催收后超过三个月不还款，则构成犯罪。可以说，恶意透支型信用卡诈骗罪的构成是持卡人不履行还款义务导致的。因此，必然要求持卡人知晓其应当按期还款的义务。而这种作为义务的不履行要构成犯罪，必须以银行将该义务告知持卡人为前提——实际上银行的催收行为完全可以视为一种义务告知的方式。因此，原则上，催收应当以催收信息为持卡人了解时计算。对于持卡人未能了解银行的催收信息的，不能视为银行进行了有效催收。但是，如果持卡人拒收催收函，拒接银行电话，或者持卡人故意变更通讯地址、联系方式，致使催收未能实际送达的，则只需要银行的催收信息实际向持卡人发出或者催收信函到达持卡人的联系地址，就可认定为银行完成了一次催收。当然，即使出现上述情况，根据法律的规定，银行的催收次数仍不得少于两次。

2. 银行的两次催收之间是否需要时间间隔

如银行一天之内连续给持卡人打两个电话或者发两封催收函，算不算完成两次催收。

在论述该问题前，有必要对银行的催收进行说明。笔者认为，催收是作为债权人的银行在向持卡人行使其债务的求偿权。银行催收方式是否合理，关系到有效催收的认定，从而关系到“恶意透支”的认定。在恶意透支型信用卡诈骗罪中，银行的催收实际上成为该罪的构成要素。倘若银行对其催收手段使用得太随意，势必会导致持卡人刑事风险增加(这种刑事风险的增加竟然不是持卡人自己的行为导致的)。因此，非常有必要对银行催收进行某种限制。

对于银行两次催收的时间间隔的问题，实际上包括在对银行催收合理性的判断之中。笔者认为，可以从以下几个方面来判断银行的催收的合理性：(1)银行应当合理地向持卡人传达催收信息。在一种催收方式无效的情况下，银行应当尝试其他催收方式。(2)银行对持卡人催收的时间间隔应当是合理的。银行在第一次有效地向持卡人传达信用卡的逾期信息后，应当给持卡人合理的还款期限，让其筹措钱款，而不宜在短时间内连续催收。例如，如果行为人在接受催收通知后，表达了未按时还款的合理理由，并承诺在明确的合理的期限内还款的，银行应当在该期限届满后持卡人仍未还款的情况下再向其催收。(3)在持卡人或者其亲属主动提供相关证据，明确表示持卡人缺乏还款能力的，银行应当及时降低持卡人的信用额度直至停用其信用卡，防止损失进一步扩大，而不应采取放任态度，任其继续透支，直到持卡人逾期后再向其催收。

3. 如何理解两次催收后不还款

第一种观点认为，如果持卡人收到银行第一次催收后没有还款，在第二次催收后归还欠款，之后该人又逾期未还款，银行又对该人进行了一次催收，之后超过三个月未还款，就可以认定为两次催收后超过三个月未还款。第二种观点认为，如果持卡人在银行第一次催收后没有还款，在银行第二次催收后有效还款的，则银行对持卡人的催收次数应当重新计算两次，再计算三个月的期限。

笔者赞同第二种观点。刑法打击的是“恶意透支”的行为，超过规定还款期限未还款本身是一个客观事实，并不能体现持卡人“恶意”。换句话说，如果持卡者超过规定还款期限未还款，但在银行催收后有效还款的，并不触犯刑法，通常将这种情况称为“善意透支”。所以，如果出现持卡人在银行第二次催收后有效还款的情况，自然也应当认定为“善意透支”。持卡者信用卡的逾期状态因为其还款的行为已经不存在，可以认为该信用卡又恢复到可正常使用的状态，在这种情况下，银行对持卡人的催收应当重新计算而不应该累计计算。

三、关于有效还款的认定问题

《解释》规定，“恶意透支”的要件之一是持卡人应当在银行两次催收后超过三个月未还款(本文为方便表达，将解释中的三个月的期限表述为法定期限)。对于持卡人在催收后超过法定期限分文未还的，无疑符合上述要件的规定。但是，司法实践中，持卡人在收到

催收后在法定期限内没有足额还款的，应当如何认定？有以下三种观点：第一种观点认为，持卡人只要在收到银行催收后有还款行为的，不论还款数额，银行的催收和法定期限应当重新起算。第二种观点认为，持卡人在欠款逾期后所归还的金额，应当达到银行所规定的“最低还款额”。第三种观点认为，持卡人在欠款逾期后所归还的金额，应当根据持卡人的信用情况动态调整，即达到银行根据其信用所确定的还款数额。

笔者赞同第二种观点。信用卡是超前消费、透支信用的产物。在信用卡领域，持卡人是以其信用作为提前透支消费担保的。正因为信用卡的上述特性，所以持卡人在进行大额消费的情况下，可以申请分期付款。而即使持卡人没有申请分期付款，银行往往也不会要求其一次性还清，只需要达到一个最低还款的金额，即所谓的最低还款额即可。上述情况是指持卡人在按时还款，信用良好的情况下，而如果持卡人到期未按时还款导致银行对其催收，则持卡人的信用必然会受到贬损。基于上面的理由，笔者认为，第一种观点有失偏颇，由于持卡人在未超期还款的情况下的还款额度都要达到最低还款额，那么在超期的情况下，其还款的数额更不能低于最低还款额，因为在超期的情况下持卡人的信用是要贬损的，否则银行的利益就无从保护，而且也会造成在司法实践中持卡人故意以小额还款来逃避法律打击。而第三种观点，看上去有其合理性，实则不然。刑法第四条规定了适用法律人人平等的原则，即对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。同等保护，同等打击是刑法的应有之义，持卡人的信用情况如何，不是刑法所要考虑的因素。而且，根据信用调整还款额，是银行综合持卡人的各种情况作出的技术性的判断，难免带有主观色彩，司法实践中可操作性也不强。因此，笔者认为第二种观点较为合理，但有一点补充：持卡人在欠款逾期后所归还的金额，除银行所规定的“最低还款额”之外，还应包括逾期期间的费用，因为该期间的费用是持卡人逾期不归还造成的，是持卡人信用贬损所付出的代价，持卡人固然应当在正常的最低还款额度外支付一定的费用来证明其信用恢复到按期还款时的状态。可以用下面的等式表达。正常情况下，持卡人的信用实现的等式为：持卡人还款额＝最低还款额。在逾期情况下，持卡人信用实现的等式为：持卡人还款额＝最低还款额＋信用贬损费用(逾期利息)。

四、关于恶意透支情况下总体判断问题

《解释》规定持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还的，即被定为"恶意透支"。那么，以非法占有为目的与之后的要件是何种关系，是否需要两者具备才能认定"恶意透支"。

对此有以下两种观点：第一种观点认为，应当严格按照司法解释对恶意透支要件的规定认定"恶意透支"，即要同时满足"非法占有目的"和"经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还的"的要件。否则即使持卡人在具有非法占有的目的情况下超过规定限额或者规定期限透支，但是未达到发卡银行两次催收后超过三个月未还的要求的，不能认定为"恶意透支"。第二种观点认为，如果持卡人的行为明确表现出其具有非法占有的目的的，则不需要严格按照"经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还的"标准认定。如果严格按照上述标准，往往会给打击此类犯罪造成很大的被动，可能出现下述情况，一是行为人办理大量信用卡透支后，为逃避追缴，准备出国的；透支后大肆挥霍，参与赌博的；透支后用于犯罪的。如果等到银行两次催收后超过三个月才能认定"恶意透支"，到时候恐怕行为人早就已经人去楼空或者将套现金额挥霍一空，导致银行资金无法追回。二是持卡人超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后尚未达到三个月的期限，即向司法机关投案，如实陈述透支的事实，并表示没有归还能力，愿意接受法律制裁。如果采用第一种观点，只能认定行为人不构成犯罪不予立案，等到三个月期限届满才可追究持卡人的刑事责任。

笔者赞同第一种观点，因为这是罪刑法定原则的必然要求。"根据罪刑法定原则，只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪，他就不受刑罚处罚。"[①]在认定"恶意透支"时，必须严格按照法律的规定，必须目的(非法占有的目的)与形式(两次催收超过三个月不归还)均具备。需要指出的是，第二种观点的论据不无道理，但是，在立法机关对于"恶意透支"作出进一步的规定前，似乎没有别的更好的办法。这在一定程度上体现出刑法的无奈，但这也是刑法的可贵之处。刑法不是包治百病的良药，不能期望任何问题都通过刑罚手段来解决。建立在民

① 张明楷：《刑法学》第3版，北京：法律出版社，第26～27页。

主、自由思想基础之上的刑法，其目的的实现要求必须坚持罪刑法定原则。“为了保障人权，不至阻碍国民的自由行动，不致使国民产生不安感，就必须使国民事先能够预测自己行为的性质与后果。”①否则，法律之治根本无从谈起。正如德国刑法学家冯·李斯特所说的：“刑法既是善良人的大宪章，也是犯罪人的大宪章。”②所以，保障人权也包含了犯罪人的人权，对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚。

① 张明楷：《刑法学》第3版，北京：法律出版社，第44～45页。

② 实际上，上述问题的出现，恐怕还有发卡银行的原因，如在审核时把关不严，部分工作人员盲目追求业绩，导致信用卡的滥发、滥用，从而给不法分子以可乘之机。

恶意透支型信用卡诈骗罪非法占有目的司法认定的基本问题

刘　伟*

近年来，随着我国银行卡产业高速发展、交易规模的持续增长，我国目前已成为世界上持卡人数量最多、银行卡业务增长最快、发展潜力最大的国家之一。与此同时，随着信用卡业务发展和经营环境的变化，信用卡风险问题日益突出，信用卡违法犯罪不断增多，信用卡犯罪手段不断向高科技、集团化、专业化、规模化方向发展。在中国银联的建议下，最高人民法院、最高人民检察院启动了惩治妨害信用卡管理犯罪的司法解释工作，并最终于 2009 年 12 月 15 日正式发布了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。① (以下简称 2009《解释》)2009《解释》中一个重要的内容便是对恶意透支型信用卡诈骗的构成要件和量刑标准作出了严格规定。也正因为 2009《解释》的对恶意透支型信用卡犯罪的严格规定，有学者对此产生质疑，认为恶意透支的入罪违背了信用卡的基础功能，同时忽视了发卡方的责任。② 恶意透支是否应当入罪，并非笔者关注的重点，笔者在此仅就 2009《解释》对恶意透支型信用卡诈骗罪的“非法占有目的”细化解释，结合恶意透支型信用卡诈骗罪的刑法规定对非法占有目的的司法认定做一个学理分析和研讨。

一、非法占有目的的刑法文本考察

“非法占有目的”是我国刑法分则规定的侵犯财产权类型犯罪中一个十分重要的特征，往往直接决定着罪与非罪、此罪与彼罪的界限。

---

* 江苏省社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员。

① 刘涛：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解和适用》，载《刑事审判参考》(第 72 集)，北京：法律出版社，2010，第 94～96 页。

② 毛玲玲：《恶意透支型信用卡诈骗罪的实务问题思考》，载《政治与法律》，2010(11)。

《刑法》第196条第2款在界定恶意透支时，之所以明确规定以非法占有为目的，是因为信用卡本身就具有透支功能，仅从客观行为本身并不足以说明行为人具有骗取银行资金犯罪的故意，更无法体现行为的社会危害性。实际上，行为人主观上是否具有“非法占有的目的”，是区分“恶意透支”和“善意透支”的一个主要界限，只有具备“以非法占有为目的”进行透支的才属于“恶意透支”，才构成犯罪。在2009《解释》中，“非法占有目的”采用了列举式的规定，有以下情形之一的，应当认定为《刑法》第196条第2款规定的“以非法占有为目的”：(1)明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；(2)肆意挥霍透支的资金，无法归还的；(3)透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的；(4)抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；(5)使用透支的资金进行违法犯罪活动的；(6)其他非法占有资金，拒不归还的行为。

实际上，以列举各种常见的、客观化表现的方式来明确诈骗类犯罪中“非法占有目的”的认定，并非2009《解释》首次使用。1996年12月16日最高人民法院在《关于审理诈骗案件具体适用的若干问题的解释》(以下简称1996《解释》)中，就对集资诈骗罪非法占有目的的认定指出了几种具体情形：(1)携带集资款逃跑的；(2)挥霍集资款，致使集资款无法返还的；(3)使用集资款进行违法犯罪活动的，致使集资款无法返还的；(4)具有其他欺诈行为，拒不返还集资款，或者致使集资款无法返还的。2000年的《全国法院审理金融犯罪案件座谈会纪要》(以下简称《纪要》)指出：根据司法实践，对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获得集资款后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金拒不返还的行为。比较《纪要》和1996《解释》可以发现，《纪要》正是对1996《解释》的发展。这主要体现在以下四个方面：(1)扩大了适用的范围，1996《解释》仅仅是针对集资诈骗罪所作的规定，而《纪要》扩展到了所有金融诈骗罪；(2)《纪要》修正了1996《解释》的不合理内容，即去掉了“无法返还”的表述；(3)丰富了基础事实，即从三类具体的基础事实发展到了六类；(4)强调不能客观归罪，也不能主观归罪。可以看出，最高人民法院试图通过行为人取得财物后的使用情况，来反推行为人的主观目的，这实际上就是英美法系的司法推定。最高人民法院这些利用司法实践中总结出来的

经验，主要从行为人对获得的资金的处置情况入手，来考察行为人的主观目的的尝试性做法，具有一定的合理性，在多数情况下，也是与事实相一致的。[①] 2009《解释》实际上就是沿袭了我国司法机关在“非法占有目的”认定上的一贯思路与模式，而值得注意的是，这样的思路并没有到此停止。2011 年 1 月最高人民法院出台的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 4 条指出，使用诈骗方法非法集资，具有下列情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”：(1)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；(2)肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；(3)携带集资款逃匿的；(4)将集资款用于违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；(7)拒不交代资金去向，逃避返还资金的；(8)其他可以认定非法占有目的的情形。

司法解释、会议纪要或学者提出的从一些“无法返还”、“拒不返还”的事实来推定出行为人具有非法占有目的，这是一种由果溯因的反推思维模式。在多数情况下，这种推定是符合事实的。但是，在非法占有目的这个“因”与未返还这个“果”之间并不存在完全的一一对应关系。如果行为人具有非法占有目的，则必然导致未返还的结果；但仅根据没返还的事实并不一定得出行为人具有非法占有目的的结论。亦即非法占有目的只是未返还的充分条件，而非必要条件。因为未返还完全有可能是非法占有目的以外的其他原因造成的，也就是没有排除其他可能。[②] 也正因为如此，《纪要》明确指出：在司法实践中，认定是否具有非法占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件具体情况具体分析。

二、非法占有目的与催收不还关系问题的展开

根据《刑法》第 196 条第 2 款的规定，我们不难发现，构成“恶意透支型”信用卡诈骗罪必须满足两个条件：一是主观上行为人“以非法占有为目的”；二是客观上行为人实施了“超额或者超限透支”且“经催收

① 许其勇：《金融诈骗罪的立法重构——从非法占有目的谈起》，载《中国刑事法杂志》，2004(3)。

② 刘宪权：《金融犯罪刑法学专论》，北京：北京大学出版社，2010，第 472 页。

不还”的行为。而与此同时，2009《解释》对“非法占有目的”进行了列举式的规定。由此便产生了这样的问题，即从诉讼证明的角度而言，是只要指控持卡人超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还，还是必须同时指控持卡人具有“明知没有还款能力而大量透支，无法归还”六种情形之一。为此，有观点认为，“以非法占有为目的”与“经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还”是判定行为人的行为是否成立恶意透支的不可或缺的两个方面。即行为人即使存在大量透支后携款潜逃或者明知无力偿还仍超过信用卡准许的透支数额大量透支，并逃避追查的行为，如果要认定其构成恶意透支的话，还必须存在行为人“经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还”的情况。① 另有观点认为，如果确有充分的证据证明信用卡持卡人主观上以非法占有为目的进行恶意透支，即使没有“经发卡银行催收后仍不归还”之客观事实的存在，也可以认定恶意透支构成信用卡诈骗罪。② 还有观点认为，经银行催告不还款的行为应当做为认定具有非法占有目的的综合因素之一。如果持卡人超过规定期限或者规定限额透支，经发卡银行催收后仍不归还的，一般可推定行为人具有非法占有目的。③ 也就是说，如果没有证据证明持卡人有《解释》第 6 条规定的“非法占有目的”的六种情形之一，但有证据证明持卡人经过银行两次催收，经过 3 个月没有归还，且数额到达司法解释规定的标准的，一般应当认定为恶意透支。④

客观来说，信用卡是一种银行定位于个人日常消费的信贷产品，与银行其他信贷业务相比，其特点是没有任何形式的担保或者抵押，完全建立在个人信用基础之上；信贷金额较小，主要用于个人日常消费；信用额度一次授信可以在不确定的时间内一次性或者部分使用，再按约定归还贷款之后，信用额度自动恢复即可再用，又被称为“循环信用”。由此可以得知，先消费后还款的“透支”功能是使用卡的基本效能，也是持卡人按照银行信用卡使用章程合法使用的一种合同交易行为。从法理的角度来讲，“透支”行为在行为发生之时是完全符合法律规定、也是为银行等金融机构所提倡鼓励的，不存在恶意、善意的界分；从刑法解释的角度考虑，原本没有任何法律否定性评价性质

---

① 刘宪权、曹伊丽：《“恶意透支型”信用卡诈骗罪的刑法分析》，载《华东政法大学学报》，2010(6)。

② 曲新久：《恶意透支之信用卡诈骗罪的认定》，载《人民公安》，2002(4)。

③ 李睿：《信用卡犯罪研究》，上海：上海社会科学院出版社，2009，第 149 页。

④ 肖晚祥：《恶意透支型信用卡诈骗罪认定中的新问题》，载《法学》，2011(6)。

的“透支”行为要逆转为“恶意透支”，必须在透支行为发生前后主观上存有“非法占有的目的”。[①]

恶意透支信用卡诈骗罪的持卡人一般均是合法取得信用卡使用权，持有和使用信用卡具有明显的合法性，在其透支后，合法期限届满之前，透支行为一般不具有欺骗性，也不具有使用伪造信用卡、使用作废信用卡、冒用他人信用卡的那种先天非法目的性。超期限或超限额透支从行为本质来看，仍属民事行为，只有持卡人具备以非法占有为目的的主观要件才能构成犯罪，否则就混淆了民事与刑事的界限。信用卡透支对银行来说本身就是一种高风险的业务，应充分认识到其的风险性，不能为了让银行最大限度地降低风险，就简单地将“超期限”的透支经催收后仍不归还就推定为恶意透支，这样有违刑法谦抑性原则。否定“经发卡银行催收后仍不归还”的要件，虽然在特定情形下有利于打击某些恶意透支犯罪行为，从而保护了发卡银行的财产，但是也可能将持卡人置于不利的境地，因为一不小心就可能被认为具有恶意透支犯罪的嫌疑，而在的确是由于客观原因不能还款的情况下，被认定为恶意透支，从而招致牢狱之灾。因而，就可能导致很多人不愿或不敢申领信用卡，那么就不利于发卡银行信用卡业务的拓展，这样一来，损失最大的恐怕还是发卡银行；而从社会的角度来看，也不利于发展信用卡业务这种金融业务和刺激社会的消费。[②] 实际上，不可否认的是，现阶段之所以会产生大量的信用卡不当透支甚至恶意透支的现象，并不能完全归咎于持卡人、透支人的非法行为，发卡行本身也存在一定的责任。银行未尽谨慎审核义务，滥发信用卡的行为本身具有“钓鱼”之嫌。[③]

退一步说，从2009《解释》第6条规定的字面含义看，司法解释在“非法占有为目的”和“催收不还”之间用了一个连接词“并且”，表明司法解释要求二者同时具备持卡人才构成恶意透支。同时，2009《解释》这次专门规定了六种以“以非法占有为目的”认定的情形，而在这些情形中并没有“经催收不还”这一因素。由此，我们完全有理由认为，即使行为人经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还透支款项的，司法机关还必须证明行为人主观上“非法占有目的”，才能认定行为人构

① 刘宪权、庄绪龙：《“恶意透支”型信用卡诈骗罪若干问题研究——兼评“两高”〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件问题的解释〉之有关内容》，载《当代法学》，2011(1)。

② 安文录、李睿：《恶意透支行为刑事司法认定问题研究》，载赵秉志主编：《刑法论丛》(第23卷)，北京：法律出版社，2010，第293页。

③ 孙福瑞：《打击信用卡恶意透支要避免伤及无辜》，载《金融经济》，2010(1)。

成"恶意透支型"信用卡诈骗罪。司法实践中，对于行为人确实因为家庭困难等特殊原因而无法在3个月内及时归还透支款项，但其主观上不具有非法占有目的的情况，就不应该以犯罪论处。如果持卡人仅仅是催收不还，但没有非法占有目的，则不是恶意透支而是善意透支；如果持卡人具有非法占有目的，但银行没有对持卡人进行催收，或者开始透支时具有非法占有目的，但在两次催收后3个月内已经归还，则因为不符合法定构成要件而不能认定为恶意透支。

实际上超过规定期限或限额透支，是构成恶意透支型信用卡诈骗罪的客观要件要素，需要进行客观判断。① 因此，从法理上来说，根据罪刑法定的基本原则，"经催收不还"是"恶意透支型"信用卡诈骗罪的构成要件，"以非法占有为目的"与"经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还"是构成犯罪的两个相互并列且缺一不可的必要要件。

三、恶意透支型信用卡诈骗罪非法占有目的的判断的基本原则

(一)非法占有目的的判断必须防止客观归责

"非法占有目的"是一种心理状态，除了本人以外，外人并不能准确知道，因此在行为人否认其有"非法占有目的"时，司法人员只能依据行为人外在的客观行为，结合审判实践经验进行分析、推断后，最终形成内心的确信。而这种判断的主观成分较高，有一定的局限性，容易因司法人员的学识、阅历、经验的不同而产生认识上的差异，出现不同的司法人员对同一事实所体现的主观目的可能作出完全不同结论的现象。因为认定"非法占有目的"往往只能依靠事实推定来证明，很容易出现"唯后果论"的情形。也正因为如此，2009《解释》中关于非法占有目的的六种情形中的"明知没有还款能力而大量透支，无法归还的"、" 肆意挥霍透支的资金，无法归还的"被批评为"事后价值倾向性评价"，"使用透支的资金进行违法犯罪活动的"被批评为"事后证据主导性评价"。②

恶意透支案件中，一般情况下行为人有"催收不还"的行为表现，其非法占有目的就非常明显。问题在于，"催收不还"这类情况比较复

---

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第671页。

② 刘宪权、庄绪龙：《"恶意透支"型信用卡诈骗罪若干问题研究——兼评"两高"〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件问题的解释〉之有关内容》，载《当代法学》，2011(1)。

杂。在非法占有目的这个"因"与"催收不还"这个"果"之间并不存在完全的一一对应关系。如果行为人具有非法占有目的，则必然导致不返还的结果；但仅根据没返还的事实并不一定得出行为人具有非法占有目的的结论。因为未返还完全有可能是非法占有目的以外的其他原因造成的，也就是没有排除其他可能。在没有排除其他可能而根据一些客观事实尤其是未返还的事实认定行为人具有非法占有目的，势必容易走向客观归罪。这是违背我国法理的，也是相当危险的误区。因此，在司法实践中，是否具有非法占有目的是判断是否具有恶意的根本标准。客观上超期限或超限额透支，经银行催告仍不还款行为，五种罗列的客观行为表现可以作为具有主观恶意的表征之一，或者说可以作为有主观恶意的一种推定，便于外在、直观地认定行为人主观上的非法占有的目的，而不具有决定性意义。为查明是否有非法占有目的，应该深入挖掘客观结果、外在表现形式背后的原因、经过、申领信用卡时提交的信息是否真实、透支时是否已严重负债等基础等事实，避免推定与客观事实出现出入。

判断持卡人是否具有非法占有的目的，不能仅因为客观后果中出现了不能还款的情况就直接推定，而需要将持卡人申领行为、透支行为、还款行为等各种因素综合起来，加以比较分析，准确认定。在有的案件中，持卡人在银行许可的范围内透支，正常还款，只是由于经营困难等客观原因造成还款不能，若仅依此就认定行为人具有"非法占有目的"，显然有客观归罪之嫌。《解释》第 6 条第 2 款第(6)项关于其他行为的规定，作为概括性兜底条款，在实践中很容易被扩大适用，造成"后果归罪"。"非法占有目的"的客观化列举方式并非是"唯后果论"。不能因为持卡人出现无法归还透支款即认定具有"非法占有目的"。如果透支超过限额或限期，但由于某种客观原因不能归还而不具有非法占有目的的，可以通过民事途径解决，不应以犯罪论处。[①]

(二)非法占有目的的推定应当允许提出反证

实际上，事实推定究其实质，是一种降低了证明标准的证明方式，其只是在没有证据证明或者难以获得证据证明推定事实是否存在，而法官又必须对推定事实的存在与否作出确定性的裁断时，迫不得已而选择适用的一种证明方法，其是证据证明方法的必要补充。[②] 只有在根据客观行为推出主观心态是唯一的情况下，运用司法推定才是可行

① 毛玲玲：《恶意透支型信用卡诈骗罪的实务问题思考》，载《政治与法律》，2010(11)。

② 张云鹏：《刑事推定论》，吉林大学 2007 年博士学位论文，第 76～77 页。

的，也就是说根据司法推定得出的结论必须是唯一的。司法推定允许反驳，其原因就在于，推定的基础事实与推定结论之间并不具有必然的联系，即推定结论具有或然性。因此，司法推定必须严格遵守一定的规则，否则，司法推定就有沦为司法擅断的危险。大致说来，司法推定应该遵守以下几项规则：(1)已知事实必须确定，并且一般不能是一个推定的事实。这意味着，已知事实首先应该是客观事实而不能是主观事实；其次，已知事实是一个能够确切证明的事实，而不是一个或然性的事实；最后，已知事实本身不能是一个推定事实。(2)司法推定必须符合经验法则、社会常理。即已知事实与推定结论之间的关系能够为社会公众所认同。(3)充分保障行为人的反驳权。因为推定结论具有或然性，只有充分保障被告人、犯罪嫌疑人的反驳权，才能最大程度地避免司法错误的发生。[①]

举例来说，行为人在透支时并不具有非法占有目的，相反有积极归还的意图，但在发卡行催收后产生了非法占有目的，超过透支期限仍不归还的行为。如果根据《刑法》196条第2款的表述，只有当行为人在超过规定限额或者规定期限透支时，具有非法占有目的，才能构成信用卡诈骗罪。如果是在事后产生的非法占有目的，则不能认定为信用卡诈骗罪。不能将事后的非法占有目的，当然地推定行为时具有非法占有目的。如果持卡人超过规定的限额或规定的期限透支经过银行的催收后仍不归还，一般就可以推定持卡人具有非法占有的目的，从而成立恶意透支，但如果被告人确有事实证明尽管实施了超过规定限额或期限的透支，而且在发卡银行催收后未能归还，但其不归还的原因不是主观上不想归还，而是由于其他客观因素导致无法返还或不能返还，则因其主观上不具有非法占有目的，而不成立恶意透支。比如持卡人透支后完全丧失经济来源并且没有再透支的；持卡人将信用卡交给他人使用或者由副卡持卡人透支的。如果虽出于故意但不是以非法占有为目的，行为人透支信用卡的款项能证实是为了救灾、治病等一时需要，短期透支信用卡的款项，事后具有积极设法归还所透支款的行为，就不能认定行为人透支信用卡的行为是一种恶意行为。

---

① 邓子滨：《刑事法中的推定》，北京：中国人民公安大学出版社，2003，第114～119页。

探析“恶意透支型”信用卡诈骗罪的若干问题

李克勤[*]　牛大庆[**]

近年来，随着我国银行卡产业高速发展、交易规模的持续增长，我国目前已成为世界上持卡人数量最多、银行卡业务增长最快、发展潜力最大的国家之一。[①] 然而，随着银行卡业务的发展，滋生于银行卡领域的犯罪也逐渐增多。为了对信用卡诈骗犯罪进行更为细致明确的界定和规制，2009 年 12 月 16 日最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件问题的解释》(以下简称为《2009 年司法解释》)。本文将以《2009 年司法解释》中有关“恶意透支型”信用卡诈骗罪的规定为研究对象，试对恶意透支型信用卡诈骗罪犯罪构成要件中的若干问题与立法完善作一些探讨。

一、“以非法占有为目的”的理解与认定

恶意透支型信用卡诈骗罪成立的前提是以非法占有为目的。善意透支与恶意透支的不同点在于透支的目的是否意欲非法占有透支款，前者是为了先用后还，在信用卡发行机构允许的条件内进行透支，而且行为人有在规定期限内归还透支款和利息的内心意思，而后者是意欲将透支款非法占为己有，根本不想归还或者根本没有能力归还。行为人有客观构成要件中的违法行为，但不具有非法占有透支款项的目的时，不能认定为恶意透支型信用卡诈骗罪，而应定性为善意透支中的不当透支，承担行政责任或者民事责任。

但是，行为人在实施取得财产的行为时是否具有非法占有目的，是难以认定的，非法占有目的虽然是主观内容，但并不意味着只有凭借行为人的口供才能认定。在司法实践中，常常需要根据证据(客观事

---

* 浙江省金华市人大常委会副秘书长。

** 浙江省金华市人民检察院干警。

① 刘涛：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件问题的解释〉的理解和适用》，载《人民司法》，2010(2)。

实)认定行为人的非法占有目的，或者根据客观事实推定行为人具有非法占有目的。为了将一些客观事实进行入罪处理，司法实践中经常发生所谓事后产生非法占有目的的案件。如持卡人起先以归还的意思在规定限额与规定期限内透支，即善意透支，但透支后由于某种原因产生非法占有目的，经发卡银行催收后仍不归还。为了使这样的行为受到刑事追究，一些人提出了“事后故意”或者“事后非法占有目的”等概念。

但笔者认为，这种意义上的“事后故意”、“事后目的”等概念没有存在的余地。因为，如果说“事后故意”、“事后目的”是在取得被害人财产后产生故意与非法占有目的，那么，这种“事后故意”、“事后目的”概念明显违反了行为与责任同时存在的原则，也不符合诈骗罪(既遂)的基本构造。如果以行为前或者行为后的心理状态为依据认定行为人具有刑法所要求的“目的”，便导致刑法对目的的规定丧失了意义，从而擅自取消了法定的构成要件要素。例如，根据《刑法》第 152 条第 1 款的规定，“以牟利或者传播为目的，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的”，构成走私淫秽物品罪。这种目的犯的成立，要求行为人在实施走私淫秽物品的行为时，就必须具有牟利或者传播目的。如果行为人只是为了自己观看等目的携带淫秽物品入境，但在入境后产生牟利或者传播目的，并实施贩卖或者传播等行为的，不可能成立走私淫秽物品罪，只能成立贩卖淫秽物品牟利罪或者传播淫秽物品罪。基于同样的理由，对于行为人在透支时不具有非法占有目的，相反具有归还意图，但在发卡银行催收后产生非法占有目的，超过透支限期仍不归还的情形，从刑法条文的表述以及信用卡诈骗罪的基本构造来看，只有当行为人在超过规定限额或者规定期限透支时，具有非法占有目的，才可能构成恶意透支性信用卡诈骗罪。对于在透支后产生非法占有目的的行为，既不能以信用卡诈骗罪论处，也不能以侵占罪论处。如同具有归还意图以合法手段取得贷款后单纯不归还贷款一样，只能作为债务纠纷进行处理。但是，行为人在发卡银行催收后，虚构事实、隐瞒真相，使发卡银行免除自己归还的债务的，则成立诈骗罪(骗取财产性利益)；行为人采取虚构事实、隐瞒真相使发卡银行免除自己归还的债务时，具有诈骗罪的故意与非法占有目的，这便是行为时的故意与目的，而不是所谓“事后故意”和“事后目的”。不过，行为人只是就消极利益的减少(免除自己的债务)成立普通诈骗罪，而不是就先前的“透支行为”成立信用卡诈骗罪。否则，便违反了前述行为与责任同时存在的原则。

根据事后的事实推定行为时具有诈骗故意与非法占有目的，仍然是行为时的故意与目的，而不是"事后故意"、"事后目的"。推定是一种证明方式，事实推定是证明被告人心理状态的一种手段，因而在刑事司法中起着非常重要的作用；推定的方法是从行为人已经实施的行为中，推断出行为人具有犯罪故意与非法占有目的，如果行为人未作任何辩解，推定结论便成立。因此，推定不是主观臆断，司法机关可以运用推定方法证明行为人有无故意心理状态与非法占有目的。2009年司法解释中以列举各种常见的、客观化表现的方式来明确信用卡诈骗犯罪中"非法占有目的"的认定，并非《2009 年司法解释》首次使用，应该说，这种推定方式实现了"主观见之于客观"原则，有助于解决主观内容认定的困难。①

所应注意的是，推定必须以客观事实为根据；应允许被告人提出相反证据以克服推定在特殊情况下的虚假性。毕竟，信用卡的透支本身是一种高风险的业务，银行应充分意识到其风险成本，如果持卡人在透支后，确属有不可抗力等正当理由客观上不能归还的，基于刑法的谦抑性，不应作犯罪处理。总之，应通过全面考察持卡人的透支金额的大小、透支时间的长短、透支的合理性、归还的能力、归还的时间、透支后的表现等实施，判断持卡人是否"恶意透支"及具有"非法占有目的"。在有的案件中，持卡人在银行许可的范围内套现，正常还款，只是由于经营困难等客观原因造成还款不能，若仅依此就认定行为人具有"非法占有目的"，显然有客观归罪之嫌。尤其是《2009 年司法解释》第 6 条第 2 款第 6 项关于其他行为的规定，作为概括性兜底条款，在实践中很容易被扩大适用，造成"后果归罪"。就此而言，司法部门若能就某些情形下，即使出现透支款项无法归还，也可排除行为人具有"非法占有目的"达成共识，对于理性划定信用卡透支行为的犯罪范围将更具有积极的意义。

二、"经催收不还"的理解与认定

司法解释规定："持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的'恶意透支'。"此处的催收要件既

① 对于金融诈骗罪中"非法占有目的"认定问题，相关观点参见刘远：《我国治理金融犯罪的政策抉择与模式转换》，载《中国刑事法杂志》，2010(7)。

是恶意透支型信用卡诈骗罪的法定要件。深入探讨对“经催收不还”这一要件的理解和认定，对于在司法实践中准确认定恶意透支型信用卡诈骗罪有着至关重要的影响。

(一)催收时间的计算

关于催收时间从什么时点开始计算，法律没有明文表明。在法律条文的文意中，能明确看出是从催收送达受领时起算。催收通知持续时间是自催收送达受领而开始的，其期限为 3 个月。[①] 3 个月的期限起点应从第二次催收之日算起，《刑法》第 196 条规定，恶意透支是“经发卡银行催收后仍不归还的行为”，《2009 年司法解释》中规定，“经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还的”应认定恶意透支，二者之间的差别在于将银行催收的次数明确为两次。司法意义上的催收，根据刑法典的要求应是发生持卡人超过规定限额或规定期限透支之后，目的在于透支行为人的主观方面内容认定复杂性，不宜将打击面搞得太大，为此，从客观上给“恶意透支”设立一个限制条件，即“经发卡银行催收不还”作为再一次考察措施，将经发卡银行催收后予以归还的排除在恶意透支之外。《2009 年司法解释》将催收要件确定为两次催收后，正是出于刑法谦抑性的考虑，因此，应严格按照法律规定，从第二次催收后开始计算。

那么发卡银行能否在期限届满之前进行催收呢？笔者认为是可以的。信用卡透支催收是发卡银行的业务之一，持卡人透支消费之后，发卡银行予以催收通知，这不但是发卡银行应当履行的职责，而且对于持卡人也是有利的。但是此时的催收与期限届满之后的催收有不同的意义和性质。期限届满之前的催收可以视为一种温馨提示，属于民事上的催收；而期限届满之后的催收则具有刑事法意义上的性质，如果持卡人仍未还款，则可能被追究刑事责任。因此，期限届满之前的催收不能产生司法解释所言之催收的功效。同时，期限届满之后的催收也是为认定非法占有目的做铺垫，在正常的透支期限内持卡人尚未还款属于持卡人的权利，不存在是否有非法占有目的之说，只有在透支期限届满之后持卡人尚未还款，才能回过头来结合持卡人先前的行为判断持卡人非法占有的主观目的。司法解释明确了催收要件是从客观上增加恶意透支构成犯罪的要件，再给持卡人一个还款宽限期，如果持卡人在发卡行催收后还款了，则排除其恶意透支的嫌疑。因此，

---

① 张平：《恶意透支的催收要件分析》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》，2005(3)：101。

司法实践中对于发卡行的催收行为应当注意区分是在持卡人透支期限届满之前催收还是在期限届满之后催收。

(二)银行催收金额与犯罪金额的关系及认定

实践中，有些银行根据信用卡使用惯例及提升信用卡盈利水平的需要，允许持卡人透支后无需全额归还本金，在支付透支利息的情况下，仅需每月归还透支本金的一部分作为最低还款，持卡人保留继续使用信用卡的权利。因此，银行在催收时也往往只对最低还款额进行催收。因此，催收中存在着催收金额与实际欠款金额不同的情况，究竟以实际欠款金额还是以银行催收金额作为恶意透支数额，目前对此存在着不同的意见：一种意见认为，最低还款额的设定并未改变实际欠款金额，对此，持卡人主观上也有认识。在持卡人具有恶意透支故意的情况下，其非法占有的故意及于透支本金的全部，而非最低还款额。经二次催收超过 3 个月拒不归还最低还款额的，足以推定持卡人具有非法占有全部透支本金的故意，犯罪金额应以实际未归还的全部透支本金认定；另一种意见认为，银行寄送给持卡人的对账单上允许持卡人归还最低还款额，且银行催收的金额决定了被告人主观上对行为客观危害性的认识。若催收金额与实际欠款金额不一致，应以催收金额为准就低认定。

笔者认为，在这种情况下，应当以银行的催收数额作为恶意透支数额，而不应当以实际欠款数额作为恶意透支数额。因为恶意透支型信用卡诈骗罪和其他类型的信用卡诈骗罪如使用伪造的信用卡实施诈骗、使用作废的信用卡实施诈骗不同，恶意透支型信用卡诈骗罪对行为人非法占有故意是采用推定认定的方式，对于非法占有故意的认定，就必须严格按照法律规定的催收条件进行，即只有银行已经催收所及的数额，才能认定为行为人具有非法占有故意，从而认定为恶意透支。银行催收所没有涉及的部分，不能推定行为人具有非法占有的故意而认定为恶意透支。因为既然银行和持卡人已经达成最低还款的协议，则持卡人对最低数额以外的部分，在协议约定的时间内是否还款是其权利范围内的自由选择，不能因为持卡人没有偿还约定的最低还款数额，而推定持卡人对银行允许延期偿还且也没有实际催收的部分具有非法占有的故意，否则就是对罪刑法定原则的违背，也超出了行为人的对于该行为性质和后果的可预见性。如果要认定持卡人对这部分数额具有非法占有的故意，必须由银行对这部分数额进行二次催收，且持卡人超过 3 个月未还。

当然，如果持卡人没有按照约定归还最低还款数额，持卡人已经

构成对与银行达成的协议的违背，银行可以据此对持卡人的透支总额进行催收，而不必等到约定的还款期限来临之后才催收。如果因为持卡人对约定的最低还款数额没有归还就认定其对透支的总数具有非法占有故意从而承担全部刑事责任，还存在另外一个不合理之处，即如果持卡人按照银行的催收归还了最低还款数额，则其行为不构成犯罪；如果持卡人没有归还银行催收的最低还款数额，就要对全部透支数额承担刑事责任，这二者之间的反差太大，显得既不公正也不合理。如果只以银行催收数额为恶意透支的数额，那么可克服上述弊端，从而显得不偏不倚，不枉不纵。

(三)部分归还是否导致催收无效

实践中有些持卡人在银行催收以后只能归还部分欠款，这种部分归还的行为能否使银行的该次催收失效呢？有观点就认为持卡人在经过银行催收后应该要归还全部欠款，部分归还不能视银行的催收为无效。因为持卡人在申办信用卡的时候就已经了解发卡银行关于透支的规定，如果部分归还可以致使银行的催收无效，会给持卡人造成“规定可以不遵守”的印象，这样既不利于培养持卡人遵纪守法的观念，也不利于有关法律规章的贯彻执行。

笔者认为，由于《2009 年司法解释》没有明确催收之后不归还究竟是不全部归还还是一部分不还，出于有利于犯罪嫌疑人的角度考虑，持卡人不一定非要归还全部透支款，只要归还了部分透支款即可。但是归还的部分透支款应有个底限，并非随意归还一点就可以了。因为透支消费本来就是信用卡的基本功能之一，信用卡的透支分为善意透支和恶意透支，善意透支是中规中矩的，即完全合法的透支，在规定限额和规定期限内的透支；恶意透支则是一种违法行为，虽然超过了规定限额或期限，但持卡人并无非法占有的主观目的，而是打算归还欠款的透支。对恶意透支这种本质上源于金融业固有风险的投机行为，应限制使用刑罚，而“催收不还”这一要件恰有此功能，而且“催收不还”要件使恶意透支发生了质变，使它由不确定的金融风险变成确定的债权债务关系，对这种已确定的关系的标的——财产权的侵犯，是刑罚发动之源。法律规定了银行必须经过两次催收超过 3 个月的要件，就是要将该催收要件作为区分恶意透支的违法行为和恶意透支型信用卡诈骗罪的界限之一，如若持卡人能够在催收后的 3 个月内偿还欠款，则透支款及利息是持卡人和发卡银行之间正常的民事纠纷，如果不能如期偿还，性质则会发生变化，会被追究刑事责任。故催收要件具有承继和转化由民事借贷透支到恶意透支占有之标志特征的功能。因此

从某种意义上说，催收要件的成就能够考察持卡人是否具有非法占有的主观目的，这是法律上的一种推定。如果持卡人在发卡银行催收之后归还的部分钱款数额太少，就无法反映出持卡人主观上的还款意愿，影响对持卡人主观目的的推定。因此持卡人在发卡银行催收之后可以部分归还钱款，但不能低于一定的限额。

笔者认为，这个底限可以参照催收之前发卡银行要求持卡人的最低还款比例来计算，这样既避免了全部归还给持卡人带来的沉重还贷压力，也避免了小额还款给发卡银行带来的经济损失。但是由于此时持卡人已经超过了正常的透支期限，催收后的期限是发卡银行给予持卡人特殊的宽限期，因此对持卡人应该有更严格的要求。持卡人经过银行催收之后除了归还最低还款比例之外，还应该有其他积极的表示或者作为，包括说明合理的无法全部偿还的理由，并与银行约定推迟还款的计划，这一系列行为才可以使该次催收归于无效。

三、“以非法占有为目的”与“经催收不还”的关系界定

分析《刑法》第 196 条第 2 款的规定，我们不难发现，构成“恶意透支型”信用卡诈骗罪必须满足两个条件：一是主观上行为人“以非法占有为目的”；二是客观上行为人实施了“超额或者超限透支”且“经催收不还”的行为。对此，《2009 年司法解释》第 6 条规定：“持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过三个月仍不归还的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的‘恶意透支’。有以下情形之一的，应当认定为刑法第一百九十六条第二款规定的‘以非法占有为目的’：(一)明知没有还款能力而大量透支，无法归还的；(二)肆意挥霍透支的资金，无法归还的；(三)透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的；(四)抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的；(五)使用透支的资金进行违法犯罪活动的；(六)其他非法占有资金，拒不归还的行为。”

对于这一条的规定我们该如何理解，即“非法占有目的”和“催收不还”的关系该如何界定？追诉机关在指控持卡人构成恶意透支时，是只要指控持卡人超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行二次催收后超过 3 个月仍不归还的，其指控的任务就已经完成，还是必须同时指控持卡人具有“明知没有还款能力而大量透支，无法归还”等六种情形之一？或者相反，追诉机关只要提供证据证明持卡人有“明知没

有还款能力而大量透支，无法归还”等六种情形之一，从而证明持卡人具有非法占有目的，不需要证明银行对持卡人有过催收行为，就可以认定持卡人恶意透支？对于上述疑问，有论者认为，“就恶意透支型信用卡诈骗罪而言，‘以非法占有为目的’是其主观要件，‘超过规定限额或者规定期限透支，并且经过发卡行催收仍不归还，且数额较大’是其客观要件，在证明行为人构成犯罪时，这两个要件必须同时具备。如果将证明行为人客观要件的事实同时又将其作为证明主观故意的证据，则实质上取消了刑法对该犯罪主观要件上的要求，使恶意透支型的信用卡诈骗罪从故意型犯罪演变成严格责任型的犯罪。”①也有观点认为，“催收不还”并非信用卡诈骗罪的必要要件。如有人提出，刑法之所以规定这一条件，主要是为了认定持卡人非法占有的目的，因为这种类型的信用卡诈骗罪认定非法占有的目的比较困难，为了正确区分罪与非罪，必须辅以这一条件。但是，在持卡人巨额透支后携款潜逃的或者透支数额特别巨大，明显超过其实际支付能力的情况下，行为人非法占有的目的已经十分明确，银行一经发现即可报案，司法机关一经确认即可对行为人进行定罪处罚。反之，如果还必须经过银行催收，这时候行为人可能已经无影无踪或者没有支付能力，这就会很不利于打击这种严重危害信用卡管理秩序和银行的财产权利的犯罪。②

笔者认为，“经催收不还”理应是“恶意透支型”信用卡诈骗罪的构成要件。“以非法占有为目的”与“经发卡银行两次催收后超过 3 个月仍不归还”是判定行为人的行为是否成立恶意透支的不可或缺的两个方面，超期限或超限额透支从行为本质来看，仍属民事行为，只有持卡人具备以非法占有为目的的主观要件才能构成犯罪，否则就混淆了民事与刑事的界限。行为人除客观上超过法定限额透支等行为外，还要求行为人具有非法占有目的，这一内容不是由法条客观行为推定，而是一个独立的需单独认定的定罪要件。就文理上而言，从《2009 年司法解释》第 6 条规定的字面含义看，在“以非法占有为目的”和“催收不还”之间用了一个连接词“并且”，表明其要求二者同时具备持卡人才构成恶意透支。就伦理上而言，与传统型信用卡诈骗罪相比，“恶意透支型”信用卡诈骗罪在性质上具有特殊性，也即从行为所产生的负面影响以及侦查所投入的司法成本的角度相比较，传统型信用卡诈骗罪的社会危害性比“恶意透支型”信用卡诈骗罪的社会危害性大得多。而对社

① 张红梅：《恶意透支信用卡的定性分析》，载《人民法院报》，2008-07-09。

② 柯葛壮：《论信用卡恶意透支犯罪》，载《政治与法律》，1999(1)。

会危害性相对较小的“恶意透支型”信用卡诈骗罪，通过增设构成要件以规定更为严格的入罪条件，不仅完全合理且十分必要。

但是，从证明方面来说，是不是追诉机关必须指控持卡人具有“催收不还”行为时还必须同时提供证据指控持卡人具有司法解释规定的“非法占有目的”的六种情形之一？如果追诉机关不能提供证据证明持卡人具有上述六种情形之一，持卡人是否就不构成恶意透支呢？对此笔者认为从证明方面而言，对于“非法占有目的”和“催收不还”的关系，可以从以下三个层次理解和把握。

第一，如果有证据证明持卡人有《2009 年司法解释》第 6 条规定的“非法占有目的”的六种情形之一，不能直接认定持卡人构成恶意透支，必须同时具备“催收不还”的要件才能认定持卡人构成恶意透支。因为“催收不还”是恶意透支的法定构成要件之一，不能缺少。

第二，如果没有证据证明持卡人有《2009 年司法解释》第 6 条规定的“非法占有目的”的六种情形之一，但有证据证明持卡人经过银行两次催收，经过 3 个月没有归还，且数额到达《2009 年司法解释》规定的标准的，一般应当认定为恶意透支。

第三，如果没有证据证明持卡人有《2009 年司法解释》第 6 条规定的“非法占有目的”的六种情形之一，但有证据证明持卡人经过银行两次催收，经过 3 个月没有归还，且数额到达《2009 年司法解释》规定的标准，但持卡人有证据证明其没有“非法占有目的”的，不能认定为恶意透支。

综合上述分析我们可以看出，从证明的角度而言，《2009 年司法解释》之所以要求构成恶意透支必须同时具备“非法占有目的”和“催收不还”两个条件，并不是从正面要求追诉机关在证明持卡人具有“催收不还”行为时，还要证明持卡人有《2009 年司法解释》规定的“非法占有目的”的六种情形之一，而是从反面给持卡人一个辩解的机会，以自己没有非法占有目的来推翻追诉机关的推定，从而在实体上使恶意透支的推定更加准确可靠。当然，如果追诉机关能够提供证据证明持卡人具有《2009 年司法解释》规定的“非法占有目的”的六种情形，则对于通过“催收不还”证明其恶意透支的推定具有补强作用，更能增加说服力。在司法实践中，很多恶意透支型信用卡诈骗案件，追诉机关并没有提供证据证明持卡人具有《2009 年司法解释》规定的“非法占有目的”的六种情形，而是仅仅提供证据证明持卡人符合“催收不还”的要件，如果持卡人没有提出反证，就推定其恶意透支。但是，如果在追诉机关仅仅提供证据证明持卡人具有“催收不还”行为，持卡人提供证据证明其

没有“非法占有目的”的，则其反证可以推翻追诉机关的推定，不能认定持卡人恶意透支。当然，对于持卡人提出的这种反证，司法部门应当仔细审查决定是否予以采纳，并不是只要持卡人一提出就当然成立，而是要判断持卡人提出的反证是否存在一定的合理性及有相关证据的支撑。如果持卡人提出的反证明显违背常理或者没有证据支撑，则不能采纳。

四、“恶意透支型”信用卡诈骗罪与普通型信用卡诈骗罪数额认定

根据信用卡诈骗罪的不同形态和行为方式，《2009 年司法解释》第 5 条第 1 款规定的普通型信用卡诈骗罪与第 6 条第 3 款规定的“恶意透支型”信用卡诈骗罪分别规定了不同的起刑点，该解释提高了恶意透支型信用卡诈骗罪的入罪门槛，但同时也给司法实践提出了新的适用问题，增加了信用卡诈骗罪同罪异罚的可能性。在恶意透支型信用卡诈骗罪与其他类型信用卡诈骗罪相交织的案件中，如何认定犯罪数额并量刑成为了司法人员在《2009 年司法解释》出台以后必须面临并解决的难题。譬如，根据该司法解释，恶意透支数额在 10 万元以上的，构成“数额巨大”，刑罚幅度升格。如果恶意透支数额为 8 万元，使用虚假的身份证明骗领信用卡实施的诈骗数额为 3 万元，其数额如何计算？

笔者认为，要解决此类问题，应当先解决同罪是否能并罚的问题。恶意透支型信用卡诈骗与其他类型的信用卡诈骗都只是信用卡诈骗罪不同的表现方式，只是因为恶意透支型信用卡诈骗有其特殊之处，故而规定了不同的数额标准，但是无论如何，恶意透支与其他类型的信用卡诈骗其本质都是一样。数罪并罚问题的法律规定见于我国《刑法》第 69 条，该条规定了数罪并罚，只是并未明确“数罪”中的“罪”是否包括同罪。但是笔者认为此处的“罪”只能是异罪，否则刑法规定的盗窃犯罪、贪污犯罪、偷税犯罪等应当累计计算的犯罪就没有累计的必要了，直接以同罪并罚的方式就可以解决了。由此可见，立法者关于“数罪”的理解应该是“数个不同的罪名”，这种理解与我国的罪数理论、司法实践也是相契合的。

在司法实践中，对于该种情形，我们应当将恶意透支的数额与其他类型信用卡诈骗的数额累计，根据总额来认定该信用卡诈骗罪的数额。因为这两种行为其本质相同——同属于信用卡诈骗罪，只是信用卡诈骗罪罪状表述的两种不同行为方式。应该按照恶意透支的量刑档

次进行量刑，即从轻处理。罪均系使用信用卡进行的犯罪行为，但二者之间有明显的不同——恶意透支型信用卡在犯罪的主体(系合法持卡人)、犯罪的行为方式和本质(没有虚构事实、隐瞒真相的诈骗特征)、行为的社会危害性、定罪量刑的数额标准方面均有其特殊性。更为突出的是，恶意透支型信用卡诈骗罪存在由民事责任向刑事责任转化的一个过程，即在发卡行允许的限额和期限内，当事人承担的是民法上的还款责任；而在超过限额和期限后，也即所谓的恶意透支阶段，当事人才承担刑事责任。这也有别于其他三种传统型信用卡诈骗犯罪。如果出现两种行为方式相交织的情况按照其他类型信用卡诈骗罪的量刑档次，那么就抹杀了司法解释刻意从严认定恶意透支型信用卡诈骗罪的本意，无法将恶意透支与其他类型的信用卡诈骗在量刑上区分开来。因此笔者认为在这种情形下，应当基于刑法谦抑性原则，选择有利于犯罪嫌疑人的量刑标准，将两种行为的数额累计以后，适用恶意透支型信用卡诈骗的量刑档次进行量刑。

恶意透支型信用卡诈骗犯罪探析

同振魁*

随着市场经济的不断发展，信用卡业务也随之发展起来，成为人们生活不可或缺的组成部分，给人们的生活带来了翻天覆地的变化。然而事物都有两面性，信用卡业务的发展在改变人们生活的同时，也给人们生活带来了很多困扰，恶意透支型的信用卡诈骗犯罪时有发生。因此有很多学者开始着手研究恶意透支型的信用卡诈骗犯罪。本文在参阅许多学者优秀著作，借鉴前人研究成果的基础上，提出一些关于恶意透支型信用卡诈骗犯罪的见解和主张，希望能对立法以及司法实践有所帮助。

一、恶意透支型信用卡诈骗罪概述

(一)恶意透支含义与认定

1. 恶意透支的含义

透支是指持卡人在其发卡银行或公司信用卡账户上资金不足或已无资金的情况下，经过发卡行或公司的批准，允许持卡人超过预留资金额度进行消费。信用卡的透支实质上是银行向持卡人提供的消费信贷，即允许持卡人在资金不足的情况下先消费，后在规定期限内补足资金并在特定情形下按规定支付一定的利息。透支根据持卡人是否具有非法占有为目的，分为善意透支和恶意透支，持卡人如果不具有非法占有为目的而进行透支，则为善意透支，如果具有这一目的，则为恶意透支。所谓恶意透支，我国现行《刑法》第196条第二款的规定的是指："持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。"①

2. 恶意透支的认定

是不是所有的恶意透支行为都应受到刑罚的规制呢？答案显然是

* 西安市雁塔区人民检察院检察长。

① 《中华人民共和国刑法》第196条第2款。

否定的。在恶意透支中又可分为行政法意义上的恶意透支与刑罚意义上的恶意透支。[①] 前者指虽具有非法占有为目的，但数额较小、情节轻微或者虽开始具有非法占有为目的，但在规定的期限内经银行催收而予以归还的情形，这时候除承担民事上的返还、赔偿责任外，还可由公安机关视情况给予 15 日以下拘留和 5 000 元以下罚款等行政处罚；刑罚意义上的恶意透支，则不仅要求具有非法占有为目的，还需超过规定限额或规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还，三个条件缺一不可。这也是目前认定恶意透支型信用卡诈骗罪的主要方法。

(二)恶意透支犯罪的具体表现方式

随着市场的不断繁荣与发展，人们利用信用卡恶意透支的犯罪形式变得多种多样，现归纳为以下几种。

1. “积少成多型”恶意透支

所谓“积少成多型”恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，短时间内逃避发卡银行的监控，在不同的信用卡特约商户、银行业务网点频繁使用其信用卡进行购物、消费或者取现，但是每次都在规定的限额内，最后积少成多，从而骗取发卡银行大量透支款的行为。

2. “交叉担保型”恶意透支

所谓“交叉担保型”的恶意透支，是指持卡人利用信用卡管理章程对担保要求不明确以及发卡银行对担保材料审查不严的漏洞，采取互为担保或者循环担保的形式，骗取发卡银行的信任而领取信用卡，之后进行大量恶意透支的行为。[②]

3. “内外勾结型”恶意透支

“内外勾结型”恶意透支实际上包括两种形式，一种是持卡人与发卡银行的业务人员合谋，利用信用卡可以善意透支的规定大量透支，然后进行分赃，给银行造成经济损失；另一种则是持卡人利用特约商户唯利是图的弱点，与特约商户的工作人员相互串通，然后由持卡人在该特约商户进行透支消费，然后进行分赃。

4. “私相授受型”恶意透支

所谓“私相授受型”恶意透支，是指犯罪分子以结伴形式分工合作，由其中一个人或一部分人负责申领信用卡，领取信用卡后再交由另一人或另一部分人到异地或国外疯狂购物玩乐，形成巨额透支。“私相授

① 高艳东：《恶意透支型信用卡诈骗罪疑难问题探析》，载《华东刑事司法评论》，2003(2)。

② 郑顺炎：《信用卡恶意透支风险及其防范》，载《金融法苑》，1999(25)。

受型”恶意透支主要表现为数个犯罪分子利用信用卡可以跨国跨区域申领和使用的特点，串通合谋骗取银行的资金。由于信用卡业务逐步国际化，目前此类案件也必将呈高发态势。①

5. “黑卡”透支

合法持卡人利用无效真卡异地巨额透支，有些持卡人因超额使用等原因，信用卡已被发卡行列入止付名单而成为“黑卡”，但从发卡行止付通知到异地特约商户和银行接到止付通知之间有一定地时间差，不法分子利用这一技术漏洞，异地透支取现或购物，大肆作案。

6. “拆东墙补西墙型”恶意透支

持卡人在向多家银行申领到信用卡后，一人持有多张信用卡，透支后，采取以“拆东墙补西墙”的方式，靠新透支偿还旧透支，以至于透支额愈来愈大，使其最终无力偿还。②

二、恶意透支型信用卡诈骗罪的构成与认定

(一)恶意透支型信用卡诈骗罪的客体要件与认定

1. 关于恶意透支型信用卡诈骗罪客体的三种不同观点

犯罪客体是我国刑法所保护的为犯罪行为所侵犯的社会关系，对于恶意透支型信用卡诈骗犯罪侵犯的客体理论界一直都存在争议，主要有三种观点。

一种观点认为，本罪是单一客体。具体又有以下几种不同的意见：(1)本罪的客体是公私财产所有权；(2)本罪的客体是国家对信用卡的管理制度；(3)本罪的客体是与信用卡法律关系相关联的权利和利益；(4)本罪的客体是国家的金融管理制度。③

另一种观点认为本罪是复杂客体，这是目前的通说，具体又有以下几种观点：(1)本罪的客体是国家的信用卡管理制度和公私财产所有权；(2)本罪的客体是国家的信用卡管理秩序和公私财产所有权；(3)本罪的客体是国家对金融活动的管理秩序和公私财产所有权。④

还有观点认为本罪是多重客体，具体又有两种：(1)本罪的客体是公私财产所有权、银行金融管理制度和商户经营管理制度；(2)本罪的

---

① 孙际中：《新刑法与金融犯罪》，北京：西苑出版社，1999，第 294 页。

② 侯放：《信用证信用卡犯罪问题研究》，北京：法律出版社，2005，第 185 页。

③ 欧阳涛：《中华人民共和国新刑法注释与适用》，北京：民法院出版社，1997，第 426 页。

④ 李文艳：《金融诈骗犯罪研究》，北京：中国人民公安大学出版社，2002，第 282 页。

主要客体是国家对信用卡业务的管理秩序，次要客体是公私财产所有权和信用度。①

2. 恶意透支型信用卡诈骗罪的客体是复杂客体

单一客体的理论是针对以前我国信用卡少量使用的情况保护公私财产的措施，但是现在我国信用卡已经普及使用，已经成为人们日常生活的非常重要角色，而恶意透支行为现在不仅侵害了公私财产并且同时扰乱了我国金融管理秩序，同时又侵犯商户的利益，因此单一客体已经不能适应当前信用卡管理现状。

就多重客体说来看，在复杂客体的基础上将“商户经营管理制度”、“信用度”纳入其中，本文认为值得商榷。

(1)信用卡诈骗罪并不必然侵犯到商户的经营管理制度，根据《信用卡业务管理办法的规定》持卡人到特约商户处消费，特约商户无需审查持卡人是否具有偿还债务的能力，只要进行一些简单的形式审查持卡人即可消费。根据发卡行与特约商户之间的协议，特约商户有权利将持卡人消费后的信用卡支付单送往发卡银行，发卡银行收到支付单后必须向其支付持卡人的消费款项。因此，特约商户不会受到经济损失，商户的资金安全也并未受到威胁。更为重要的是，商户经营管理制度完全可以包含于国家对信用卡的管理秩序之中而没有必要进行单独评价。

(2)恶意透支的信用卡诈骗犯罪只是侵犯了行为人自己的“信用度”，而非他人的“信用度”。根据一般刑法理论，犯罪客体是我国刑法所保护的为犯罪行为所侵犯的社会关系，② 所以行为人自身的信用度难以成为自己实施恶意透支行为侵害的客体。恶意透支行为至多可以理解为致使社会的诚信度受到间接损害，但将信用度作为该行为侵害的直接客体就难以成立了。

因此，我比较赞同复杂客体说，本罪侵犯的主要客体是信用卡管理秩序，次要客体是公私财产所有权，这也是学界通说的观点。

国家对信用卡业务的管理秩序是受刑法保护的一种重要的社会关系。我国信用卡业务的开展尚处于发展阶段，信用卡管理系统、管理体制的不健全极容易给不法分子提供可乘之机，行为人使用信用卡进行诈骗活动严重违反了信用卡管理方面的制度，构成对信用卡管理秩

---

① 庞俊涛：《信用卡诈骗罪客体新论》，载《当代法学》，2003(3)。

② 曲新久、陈兴良、张明楷、王平、张凌、李芳晓：《刑法学》，北京：中国政法大学出版社，2008，第25页。

序的破坏，因而信用卡诈骗罪的主要法益就是国家对信用卡这项金融业务的管理秩序，这与目前我国刑法强调的“对法益的保护”是一致的。同时信用卡本身是一种支付工具和信用凭证，代表了一定的财产权利，这就决定了本罪的客体必然包括公私财产所有权。但相对于“信用卡管理秩序”这一社会法益而言，“公私财产所有权”这一个人法益并不是本罪保护的重点，而且也不能决定本罪的经济犯罪性质。另外，在刑法分则中本罪放在“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章中，而不是放在“侵犯财产罪”中，也说明了公私财产所有权不是本罪的主要客体而是次要客体。

(二)恶意透支型信用卡诈骗罪的客观要件与认定

1. 透支超过限额或期限

所谓透支限额，是指发卡银行根据个人实际的经济情况规定的持卡人可使用的超过其实际存款余额以上的最高限额，是否超过限额以透支后的信用卡存款余额作比较，而不是每次的透支数额，每次的透支数额虽未达到限额标准，但余额超过限额的，也是超过限额透支。[①]包括单笔透支限额和月累计透支限额两种。同时我认为超过规定限额包括超过信用卡章程和领用信用卡协议明确规定的透支限额。《银行卡管理办法》第45条的规定，发卡行应当遵守下列信用卡业务风险控制指标：个人卡同一持卡人单笔透支额不得超过2万元，单位卡不得超过5万元，同一账户个人卡月透支额不得超过5万元，单位卡不得超过发卡行对该单位综合授信额度的3%，没有综合授信额度可参考的单位，其月透支余额不得超过10万元，外币卡的透支额度不得超过持卡人保证金的80%。需要说明的是，各发卡行在此规定的限度内的具体规定各不相同，因此，应该根据不同信用卡种类加以认定。

所谓超过规定期限透支，是指持卡人虽在规定限额内透支，但超过了允许期限，经催收仍不予偿还的行为。关于催收期限，按照1996年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的精神，“不归还”是指在“收到发卡银行催收通知之日起3个月内仍不归还”，即催收后行为人归还的期限为3个月。如果行为人未经催收自动归还或者在催收后3个月内归还透支款项的，不以犯罪处理，构成不当透支，承担相应民事责任。

2. 经银行催收仍不归还

(1)催收不还规定之合理性。1996年12月16日最高人民法院《关

---

① 单惟婷：《商业银行信用卡业务与案例》，成都：西南财经大学出版社，1998，第46页。

于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题解释》第 7 条第 3 款规定，自收到发卡银行催收通知之日 3 个月内仍不归还的行为构成恶意透支。有的学者认为这一标准过于僵硬，而且在司法实践中不好认定，透支者往往会以各种理由和方式逃避催收，否认银行曾经催收，发卡银行的催收行为难以具体实施，可操作性差，这样会使银行处于不利的地位。

但笔者认为，催收不还这一限定条件不仅合理而且必要。因为恶意透支的性质与信用卡诈骗罪其他行为方式不同，应以更高的利息及罚款等经济手段来抑制风险，同时也可以使风险转化为金融机构的利润，应限制使用刑罚，而不是以刑罚介入从根本上消除风险，“催收不还”这一要件恰有此功能，其合理性也在此。“催收不还”是发卡人对透支人的告知和提醒，同时也是警告性质的“最后通牒”，使恶意透支发生了质变，使它由不确定金融风险转变为确定的债权债务关系，对这种已确定关系的标的——财产权的侵犯是刑罚发动之源，这种立法方法同时也符合刑法谦抑性的内在要求。①

(2)对催收不还的认定。对催收不还，我们不能严格从字面上来解释，不能作机械理解，只有这样才能真正发挥刑罚的积极作用，树立刑罚的权威。

首先，对尚有偿还能力或非法占有目的尚不明确且不易认定的透支人，应坚持最高院关于催收不还的规定，自收到发卡银行催收通知之日 3 个月内仍不归还的行为构成恶意透支。这样可以使透支人尚不坚定地犯意转化，有利于缩小打击面，使信用卡的透支款在透支人和银行之间妥善解决，以更高效的发挥信用卡的功能，这也符合刑法中的罪刑法定原则。

其次，对无法催收、不可能催收的可以认定为催收不还，学界之所以认为催收不还不易操作，是因为有不法分子在银行申办信用卡后，四处流窜作案，其透支的数额巨大甚至特别巨大，明显超出其还款能力，非法占有和诈骗财物的故意十分明显，如果这种行为也要求“经银行催收不还”，罪犯可能早已“远走高飞”或转移了财产。因此我认为，对于那些异地大量透支、大肆挥霍，透支数额巨大或特别巨大，明显超过其还款能力的，并不必须经过“催收不还”的程序。“催收不还”也不应仅限于字面含义，对无法催收，不可能催收，领卡后大量异地透

① 任殿利、郭锐：《恶意透支型信用卡诈骗罪解析》，载《山西省政法管理干部学院学报》，2009(4)。

支且数额巨大，透支后肆意挥霍等明显超过其还款能力的行为完全可以认定为“催收不还”。

最后，催收后，持卡人虽未偿还，但其担保人代为偿还了，发卡银行也可以说达到了催收的目的，也就不用追究透支人的责任了。

(三)恶意透支型信用卡诈骗犯罪的主体要件与认定

1. 理论界对持卡人的争议

一种观点认为持卡人应包括合法持卡人和非法持卡人;[1] 另一种观点认为持卡人仅指合法持卡人;[2] 还有一种观点认为持卡人指合法持卡人，但合法持卡人应作广义理解，包括骗领信用卡后而进行透支的人。[3]

2. 信用卡恶意透支的主体是合法持卡人

所谓持卡人是指直接向银行申办核准领取信用卡的人，也就是取得该信用卡使用资格的人。信用卡恶意透支的主体理应是合法持卡人，并且不包括骗领信用卡后而进行透支的人。

首先，从信用卡法律关系来看，持卡人进行透支消费，其与发卡行产生借款合同关系，发卡行有义务代替持卡人将消费款项支付给特约商户，也就是说合法持卡人有透支消费的权利，而非法持卡人没有这项权利。

其次，对于骗领信用卡的持卡人而言，其在申领信用卡时采取隐瞒事实，虚构身份等证明材料，其所持的信用卡在法律上为无效卡，因此就没有透支权。而恶意透支是行为人在拥有透支权的基础上产生的，只是行为人过分地利用了这项权利。

因此，恶意透支行为的主体只能是合法持卡人，且是狭义的合法持卡人。最后，自刑法修正案(五)颁布之后，以上关于恶意透支的主体争论已得到很好的解决。刑法修正案(五)规定：以“虚假身份证明骗领信用卡”的行为属于“妨碍信用卡管理”犯罪中的“使用虚假的身份证明骗领信用卡”的行为；而“使用虚假的身份证明骗领的信用卡”的行为则属于信用卡诈骗犯罪中使用型信用卡诈骗犯罪的行为。此规定既平息了争议，同时为司法实践中更加准确、有效地打击金融领域出现的各类信用卡诈骗犯罪提供了理论依据。

---

① 周仰虎、于英君：《论信用卡犯罪的立法完善》，载《法学》，1996(9)。

② 王建平：《信用卡恶意透支的界定及其审判原则》，载《法学》，1997(3)。

③ 刘宪权、卢勤忠：《金融犯罪理论专题研究》，上海：复旦大学出版社，2002，第584页。

(四)恶意透支型信用卡诈骗犯罪的主观要件与认定

1. 恶意透支行为人的主观罪过形式

是否以非法占有为目的是区分恶意透支与善意透支的重要标准。主观上没有非法占有银行资金的不法意图，是善意透支，具有这一不法意图的是恶意透支。

2. 对非法占有为目的的主观罪过形式认定

如何认定恶意透支的“非法占有为目的”，笔者认为，应当结合持卡人及其他主客观因素综合加以认定。在此，存在一个通过客观行为推定主观非法占有目的的问题。对恶意透支而言，法律明确规定的“经发卡银行催收后不还”实际上也是对“非法占有目的”的一种推定。[①] 就是说，如果持卡人超过规定的限额或规定的期限透支，经过银行催收后仍不归还，一般就可以认定持卡人具有非法占有的目的，从而成立恶意透支，但这种推定毕竟可能与事实有出入，因此，应当允许被告人反证。如果被告人确实有事实证明尽管实施了超过规定限额或规定期限的透支，且经发卡银行催收仍未归还，但其不归还的原因不是主观上不想归还，而是由于其他客观因素，如持卡人因长期出国出差等原因未能及时收到发卡行的透支通知、催缴通知，持卡人因资金暂时周转不灵而在透支后无法按时归还，因不可抗力暂时丧失偿还能力等而导致无法归还或不能归还的，则因其主观上不具有非法占有目的，而不成立恶意透支型的信用卡诈骗罪。

三、对恶意透支型信用卡诈骗罪中理论界存在的一些争议的探讨

(一)单位是否能成为恶意透支型信用卡诈骗犯罪中的主体

信用卡有个人卡和单位卡之分，但《刑法》第196条只规定了个人能成为信用卡诈骗罪的主体。实践中，单位能否成为其犯罪的主体呢?刑法理论界有两种主要的观点。一是否定说，认为信用卡存在使用限额，一般的单位不必冒此风险去诈骗如此小数额的财物。二是肯定说，认为单位持卡人在单位意志支配下可以实施恶意透支等信用卡诈骗行为，且实践中已发生了恶意透支数额巨大甚至特别巨大的案件。[②] 理

① 赵秉志:《金融诈骗罪新论》，北京：人民法院出版社，2001，第473页。

② 杨磊、杨文斌、宋玉长:《信用卡恶意透支的成因及防范》，载《中国信用卡》，2001(12)。

由是：①增加单位犯罪是打击犯罪的实际需要。司法实践中存在大量单位利用信用卡实施的犯罪，并且具有隐蔽性、易得逞性；而犯罪数额往往更大，对金融秩序的破坏性比个人犯罪往往更加强烈。②刑事立法应具有协调性，这就要求增加单位信用卡犯罪。③单位信用卡是由指定的人持有，并不能说明该信用卡就是持卡人个人的。如果持卡人按照单位的意图实施恶意透支等信用卡诈骗行为，这种行为既是有关直接责任人员的行为，也是单位的行为，它具有双重性。不处罚单位不利于对这种犯罪行为的惩治与预防。④从法益侵害的角度，不管是单位还是自然人，在实施相同犯罪行为时对法益的侵害都是相同的。所以，在有关信用卡诈骗罪中应作如下规定：单位犯前款罪的，对单位判处罚金或限制其相应的行为能力。①

笔者认为，既然我国目前大量实践中经常发生单位进行信用卡诈骗犯罪，并且不少单位进行信用卡诈骗犯罪都得以成功，甚至有的单位故意让员工以员工名义，开设单位信用卡，而单位负责人却拿着以员工开的信用卡进行恶意透支并且透支得来的款项用以单位使用，但是由于目前我国法律没有规定以单位为信用卡诈骗犯罪主体，而使相关单位责任人得以逃脱相关法律责任，因此我认为应该把单位也纳入信用卡诈骗犯罪主体。

(二)担保人归还欠款后恶意透支行为人的责任问题

如果持卡人以非法占有为目的超过规定限额或者规定期限透支且经银行催告拒不偿还，后由保证人为其还清了透支款和利息，是否还要追究持卡人的刑事责任？学界对这一问题争论颇为激烈。

一种观点认为，“保证人担保责任的履行，解除了银行和持卡人之间的债务关系，避免了民事法律关系向刑事法律关系的转化，至于保证人与持卡人之间的债务关系，无须刑法调整。”②

而另一种观点的人却认为，担保人偿还欠款后，持卡人恶意透支的行为具有严重的社会危害性，依法应当承担刑事责任。保证人履行担保责任是基于合同的规定，其只替持卡人免除了对银行的民事责任，但并不能免除持卡人的刑事责任，且不应影响对持卡人行为性质的认定。③

笔者认为我国信用卡的申领一般需要提供担保，设立担保的作用

① 孙玉仁：《论恶意透支信用卡犯罪的几个法律问题 》，载《商场现代化》，2007(7)。

② 赵秉志：《疑难刑问题司法对策(第一集)》，长春：吉林大学出版社，1999，第125页。

③ 孙玉仁：《试论恶意透支信用卡犯罪及其立法完善》，载《时代经贸》，2007(9)。

就是在持卡人不能偿还债务时，发卡银行可以通过向担保人请求偿还，避免银行受到损失，并且现实中一般愿意给别人做信用卡担保人的，保证人与被保证人的关系非属一般，保证人愿意做保证人一定程度上反映出保证人希望自己给持卡人做保证，万一持卡人与银行发生纠纷或者争议时，保证人可以通过归还相关债务从而使纠纷得以平息或令被保证人免受其他刑事民事的惩罚与责任。并且如果担保人已经履行了担保责任，偿还了持卡人的本息后，持卡人与银行之间的债权债务关系也随之消灭，银行的财产没有受到损失，国家信用卡管理制度也没有受到严重侵犯，再追究持卡人刑事责任显得过于牵强，也不符合刑法谦抑性的要求。

现代金融业中信用卡业务本身也具有一定的风险，我们法律和司法机关不能太绝对偏袒银行，同时也有利于减少争端与纠纷，减少司法机构介入，减轻司法压力，更好地优化分配司法资源。因此不能以偿还透支款不是持卡人本人而追究持卡人的刑事责任。但是，在取得担保时，如果持卡人隐瞒真相，捏造事实，致使担保人上当受骗而为持卡人提供担保，结果造成担保人经济损失的，对持卡人可以诈骗罪追究其刑事责任。如果在案发后持卡人或其亲属或担保人退还了全部或部分透支款的，退还部分不能从犯罪数额中扣减，但在量刑时可予以考虑。

(三)恶意透支行为的犯罪是否应独立成罪

1. 恶意透支行为的犯罪应独立成罪

恶意透支的本质是滥用信用，恶意透支是透支合法有效的信用卡，信用卡由发卡银行依申请，参考申请人的信用状况与财产状况等决定发放，授予持卡人一定的透支额度。可以说信用卡与信用密切相关。因此，我认为应将恶意透支信用卡的行为独立成罪。

第一，如前所述，恶意透支的本质不应是诈骗。透支后产生非法占有目的的情形，不符合诈骗罪的构造，但仍以恶意透支论，在恶意透支中，重要的是非法占有目的的有无，而不是持卡人是否实施了诈骗行为。无论持卡人在透支时是否具有非法占有目的，只要其意图非法占有透支款项，就可构成恶意透支。恶意透支的本质是滥用信用。恶意透支是透支合法有效的信用卡，而恶意透支是持卡人利用信用卡的透支功能非法占有了银行资金，滥用了银行授予的信用额度，是滥用信用的行为。

第二，恶意透支型信用卡诈骗罪与使用伪造的信用卡、作废的信用卡以及冒用他人信用卡所为的信用卡诈骗罪在犯罪的主体、主观方

面、客观方面等存在很大的不同。具体表现在：首先，犯罪主观方面的特殊性。根据刑法的规定，恶意透支型信用卡诈骗罪必须具备"非法占有"这一主观要件，否则无法区分恶意透支与善意透支。而对后者，由于行为本身就可以充分地体现出行为人非法占有的意图，故无须特别规定非法占有的目的要件。其次，犯罪客观方面的特殊性。从司法认定的角度，恶意透支有一个从民事法律关系到刑事法律关系的转化过程，必须经过"发卡银行催收后而不归还"这一程序。而后者则直接构成刑事法律关系。鉴于恶意透支具有不同于其他两种行为方式的特殊性，宜将恶意透支独立定罪。

第三，恶意透支与其他几种形式的信用卡诈骗罪相比，容易被发现，骗取银行的资金数额一般在银行所允许的透支限额以内，其对银行所造成的损失不大，社会危害性相对较小。为了达到罪刑均衡，恶意透支型的信用卡诈骗罪起刑点应该提高，同时法定刑相对于其他几种方式的信用卡诈骗罪，应相对较低。根据以上的分析，恶意透支型信用卡诈骗罪与其他几种形式的诈骗罪还是有区别的。因此，将恶意透支型信用卡诈骗罪独立成罪比较合适。

2. 恶意透支独立定罪的立法设想

鉴于以上分析，笔者建议，增设滥用信用卡罪或信用卡恶意透支罪。① 该罪可定义为，信用卡的合法持卡人以非法占有为目的，超过信用卡允许的透支数额或透支期限透支，数额较大，经发卡银行催收后三个月内仍不归还，认定为滥用信用卡罪或信用卡恶意透支罪。

---

① 孙玉仁：《试论恶意透支信用卡犯罪及其立法完善》，载《时代经贸》，2007(79)。

“机器不能被骗”对我国刑法的意义之反思

——兼评“用拾得的信用卡在ATM机上取款行为”的定性

陈　萍*

一、“机器能否被骗”论争简述

“机器不可以被骗”这一结论来源于日本的判例，目的在于针对非法从机器中获得财物的情形区分盗窃罪和诈骗罪，因为机器不可能陷入认识错误而处分财产，所以即使使用了欺骗手段非法从自动柜员机、自动贩卖机、老虎机等机器中取得财产也不能构成诈骗罪，只能构成盗窃罪，在我国为张明楷教授所提倡。① “机器不可以被骗”也曾被认为通说。以刘明祥教授与张明楷教授对“用拾得的信用卡在ATM机上取款行为”的两次学术论辩②为标志，学界对“机器不可以被骗”的质疑之声一直不断。目前而言，该论断的肯定论与否定论均有支持者。③

* 南京大学法学院博士研究生，巴黎政治大学交换生。

① 张明楷：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，2007，第540～609页。但非常值得一提的是，该学者主张在ATM机上非法使用信用卡的一切行为都不应属于“诈骗”，无法构成信用卡诈骗罪，但却认为，在使用以虚假的身份证明骗领的信用卡时，并不限于对自然人使用，还包括在自动取款机上使用。参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第655页。仅仅针对此点而言，我们即可反问：“既然承认此种在自动取款机使用信用卡的行为能够成立信用卡诈骗罪，那为什么一定要否定利用自动取款机而非法使用信用卡的行为(使用伪造、作废的信用卡、冒用他人信用卡、恶意透支)同样可以成立信用卡诈骗罪呢?”

② 第一次论辩文章：刘明祥：《用拾得的信用卡在ATM机上取款行为之定性》，载《清华法学》，2007(4)；张明楷：《也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质——与刘明祥教授商榷》，载《清华法学》，2008(1)。第二次论辩文章：刘明祥：《再论用信用卡在ATM机上恶意取款的行为性质——与张明楷教授商榷》，载《清华法学》，2009(1)；张明楷：《非法使用信用卡在ATM机取款的行为构成盗窃罪——再与刘明祥教授商榷》，载《清华法学》，2009(1)。

③ 据笔者查询，肯定论者的文章有：王海涛：《论则产犯罪中债权凭证的刑法评价》，载《政治与法律》，2010(4)；蔡新苗：《对拾卡使用司法解释的儿点意见》，载《广西政法管理干部学院学报》，2009(2)。否定论者的文章有李翔、周啸天：《信用卡诈骗罪中“冒用”的展开》，载《中国刑事法杂志》，2008(5)；阎鹏：《信用卡诈骗罪与诈骗罪关系辩证》，载《政治与法律》，2010(2)；高国其：《器诈骗犯罪浅议》，载《中国刑事法杂志》，2010(3)。

从两位学者的行文逻辑，归纳出的论争焦点，可概括为下表。

张明楷教授：不构成信用卡诈骗罪	刘明祥教授：构成信用卡诈骗罪
因为机器不能被骗。 所以使用机器获得财物不构成诈骗罪。	因为机器不能被骗，但计算机（如 ATM 机）例外。 所以刑法设立使用计算机诈骗罪（我国的信用卡诈骗罪包含在内）。
又因为取款行为是使用机器获得财物。 所以取款行为不构成诈骗罪。 又因为信用卡诈骗罪属于诈骗罪。 所以取款行为不构成信用卡诈骗罪。	又因为信用卡诈骗罪中某些行为（如恶意透支）不属于传统意义上的诈骗。 所以信用卡诈骗罪部分独立于诈骗罪。 因为信用卡诈骗罪与诈骗罪之间属于交叉竞合。 所以取款行为构成信用卡诈骗罪，但不构成诈骗罪。

学界的争议焦点主要集中在：计算机（如 ATM 机）能否突破“机器不能被骗”的命题；信用卡诈骗罪与诈骗罪之间是包容关系还是交叉竞合关系；域外增设“使用计算机诈骗罪”与我国《刑法》第 287 条规定之解释。

二、我国刑法中 ATM 机[①]能够被骗

（一）事实层面——ATM 机可以成为被骗者

持“机器不可以被骗”论者认为：“从诈骗一词的含义来看，受骗者只能是自然人，因为只有人才会陷入错误，就机器本身而言，乃完全依据程式语言的指令，就一定的程式进行处理，所以，根本无所谓受欺同产生错误的情事发生。”[②]对于机器而言，行为人不可能撒谎或者实施障眼法，只能说“真话”即输入正确的指令，否则，机器就不能作出行为人所希望的动作。在自动提款机上，行为人之所以能够提出钱来，是因为其能按照该机器预设的要求，提供在机器看来属于真实的指令（如输入正确的密码或者插入和真卡同等规格的假卡等）。因此，在通过机器获取金钱等财物的时候，行为人并没有虚构事实、隐瞒真

① 笔者注——“机器不可以被骗”得到大陆法系国家刑法实践的支持和认可，可能与当时机器的发展水平有关。近代智能科技的发展可能是对该命题突破的契机。但是，到目前为止，得到法律认可的也只限于“计算机”。对于其他类型的机器仍不可突破。

② 张丽卿：《机器与欺诈》，载蔡墩铭主编：《刑法争议问题研究》，台北：五南图书出版公司，第 526 页。

相，或者说不可能虚构事实、隐瞒真相。①

在事实层面上，讨论"机器能否被骗"，即是争论"机器是否具有认知能力"。这也许是机器智能(亦称"人工智能")学在发展过程中遇到的最严酷的挑战。机器源于模仿人脑，也止于模仿人脑。机器智能在发展中受到数学、现象学、心理学、社会学的诸多挑战。② 智能机器的设计理念是以人脑为蓝本(比如计算机俗称"电脑")，采取二进制，对指令进行肯定性或否定性反应。具体到使用 ATM 机取款时，则是插入信用卡——>输入密码，若密码正确——>吐出钱款，若密码错误——>重试甚至吞卡等(试情形而定)。若是作为自然人的银行柜员，他们在处理银行此类业务时也是基于相同程式进行工作，两者之间并无差别。ATM 机(属于计算机)并非传统意义上的机械性机器，其是一套智能程序③。

与自然人相比，机器缺少经验性知识、不懂常识、对自然语言的理解存在诸多局限，故而，机器(就算是高度发达的计算机)也无法与自然人相提并论。然而，在讨论"ATM 机能否被骗"时，笔者以为与其费尽笔墨将机器解释成自然人，不如换个角度，即在面对信用卡取款时，自然人与 ATM 机一样，是按照"指令"行为。

(二)规范层面——ATM 机可以受骗

其一，ATM 机具有处分财产的权限。虽然机器没有意识本身不会产生认识错误，机器运作的程序是自然人设置的，行为人骗机器由此而导致程序误认，实质上等于是程序设置者陷入错误，机器提供物品的行为实际上也是代替机器管理者和所有者进行交易的行为，因此骗机器就相当于骗机器的管理者和所有者。ATM 机与银行柜员，均为银行的代理人(前者亦被称为"电子代理人"④)，两者的行为后果均

① 黎宏：《机器不能成为诈骗罪对象》，载《检察日报》，2005-02-24。

② 李放放、商卫星：《机器智能的理论困境》，载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)，2007(1)。

③ 有学者认为，ATM 机具有双重属性，既是银行保险柜，又是"电子代理人"。笔者深以为可，但是，本文主要讨论 ATM 机在处理信用卡时表现出的状态，故有此论断。参见李正华、陈浩翔：《电子代理人的法律地位及有效条件》，载《商业研究》，2002 年总第 244 期。

④ "电子代理人"是电子商务领域的概念，指不需要人的审查和操作，而能够用于独立地发出、回应电子记录，以及部分或全部的履行合同的计算机程序、电子的或其他自动化手段。美国《统一电子交易法》第 2 条第 6 款。关于该点的论述，详见黄立、何田田：《比较法视野中的 ATM——以许霆案为研究线索》，载《法学杂志》，2008(3)；李正华、陈浩翔：《电子代理人的法律地位及有效条件》，载《商业研究》，2002 年总第 244 期；杨开湘、蒋凌申：《自动柜员机刑法意义新探——基于对最高人民检察院司法解释的分析》，载《东方法学》，2009(4)。

归于银行。“凡密码相符的交易均视为持卡人所为”的条款似乎得到了各银行《银行卡章程》或《领用合约》不约而同的默认。[①] 只要行为人使用信用卡输入正确密码，银行(银行柜员抑或 ATM 机)即认定其为合法持卡人。而事实上行为人并非持卡人，但银行却进行财产给付(可表现为 ATM 机吐钱，亦可表现为银行柜员交付钱款)。

其二，信用卡诈骗罪的客体为复杂客体。学界通说认为，信用卡诈骗罪的侵害客体为复杂客体，包括信用卡市场管理秩序和公私财产所有权。而随着金融市场的蓬勃发展，ATM 机等自助设备或终端设备成为境内外犯罪分子的主要攻击目标。由于不需要面对银行工作人员，犯罪嫌疑人对 ATM 机等自助设备进行作案比较容易得手，事后也易于逃脱。因此 ATM 机等自助设备或终端设备实施的犯罪主要以窃取持卡人账户和密码等信息资料为目的，并往往伴随着侵害面极大的规模性银行卡犯罪，这会给银行和持卡人的财产造成更大损失，影响持卡人使用信用卡的信心，进而危害整个银行卡产业的发展环境。[②] 从中不难看出，对 ATM 机作案，不但侵害银行或合法持卡人的财产，更重要的是会损害信用卡市场的正常秩序，影响信用卡市场的健康发展。将“ATM 上的取款行为”以信用卡诈骗罪论处，可更客观地反映其社会危害性。

其三，“ATM 机可以被骗”并不会瓦解诈骗罪的类型化作用。持“机器不能被骗”的学者认为，“构成要件是犯罪的定型，诈骗罪的基本构造决定了行为人的欺骗行为导致受骗者陷或维持认识错误，进而处分财产。如果认为计算机等机器也可以成为受骗者，会导致诈骗丧失其定型性，从而使诈骗罪的构成要件丧失罪刑法定主义的机能，也就几乎不可能区分诈骗罪与盗窃罪。”[③]笔者以为财产犯罪中盗窃罪与诈骗罪之间的区分度不高，在理论上和实践中容易引起混淆是大陆法系

---

① 举例而言，广州市商业银行的《借记卡章程》第 4 条规定：“持卡人应该妥善保管银行卡的密码，在取款时要保证密码相符，密码相符的交易，视为持卡人的合法交易”；《中国农业银行金穗借记卡章程》第 11 条规定：“持卡人必须妥善保存和正确使用其金穗借记卡，领到金穗借记卡时应立即修改密码，凡密码相符的交易均视为合法交易”；《牡丹卡领用合约》第 6 条规定：“甲方及其副卡申请人必须妥善保管牡丹卡密码，凡使用密码进行的交易均视为甲方本人所为，甲方应承担因密码保管不善造成的风险损失。基于持卡人签字形成的交易凭证和/或者凭牡丹卡磁条、芯片、卡号或密码等电子数据而办理的各项交易所产生的信息记录之一或全部均属于该项交易的有效凭证。”

② 最高人民法院、最高人民检察院法律政策研究室、中国银联风险管理部编：《银行卡犯罪司法认定和风险防范》，北京：中国人民公安大学出版社，2010，第 13 页。

③ 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第 90～91 页。

国家均会出现的问题。即使是承认“机器不可以被骗”也无法解决该问题。[①] 否则，大陆法系国家则不必要增设使用计算机诈骗罪。相反，认可“机器能够被骗”，不会瓦解诈骗罪的类型化作用，亦不会造成瓦解诈骗罪与盗窃罪间区分的严重后果。并且，通过将ATM机视为银行的“电子代理人”，可以“受骗陷入错误而处分财产”予以解释，也是在一定程度上遵循和坚持了诈骗罪的构成要件。

(三)实践层面——ATM机已经成为受骗者

其一，立法实践：德日刑法增设“使用计算机诈骗罪”对我国的启示。对于该立法，刘明祥教授认为规定这类罪名本身即表明，这类犯罪有不同于等侵犯财产罪的特殊性，否则，无必要单独规定。并且，该罪名的称谓本身，以及该罪名被纳入诈骗罪，而非盗窃罪中，就是认可“取款行为”的诈骗性质。[②] 张明楷教授则认为，日本增设“使用计算机诈骗罪”，是因为该国刑法中，盗窃罪的对象仅为财物，而诈骗罪的对象包括财物和财产性利益。该立法主要解决的是在日本(德国、韩国亦是如此)利用ATM机进行转账，而不直接取款的行为，既不构成盗窃(对象不是财物，而是财产性利益)，又不构成诈骗(对象是ATM机，不是自然人)。即该罪名处罚的是盗窃财产性利益的行为。[③] 笔者较为赞同刘明祥教授的观点。因为立法者增设法条的目的颇为复杂[④]，不同学者均可进行不同解释，然而，在能够将法条作为部分，而进行整体意义解释时，后者似乎更为客观。从诠释学角度而言，文本本身具有高于作者的意义。所以，笔者以为，不管立法者出于何种原因增设该罪名，但事实是其将该罪名归入诈骗罪。从体系上看，该罪名中的类型化行为即具有诈骗性质。

其二，司法实践：对“冒用他人信用卡”的法律解释应充分尊重司法实践和罪刑法定原则。伴随着学者们的激烈争论，2008年《最高人民检察院关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM)机上使用的行为如何定性问题的批复》拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为，属于《刑法》第196条第1款第(3)项规定的“冒用他人信用

① 陈兴良、陈子平：《两岸刑法案例比较研究》，北京：北京大学出版社，2010，第16～24页。

② 刘明祥：《用拾得的信用卡在ATM机上取款行为之定性》，载《清华法学》，2007(4)。

③ 张明楷：《也论用拾得的信用卡在ATM机上取款的行为性质——与刘明祥教授商榷》，载《清华法学》，2008(1)。

④ 基于此，我们不同意刘明祥教授认为“立法者增加罪名就是因为某行为具有不同于传统犯罪的特殊性”的观点。

卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。其后，两高2009年《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定：“刑法第一百九十六条第一款第(三)项所称‘冒用他人信用卡’，包括以下情形：(一)拾得他人信用卡并使用的；(二)骗取他人信用卡并使用的；(三)窃取、收买、骗取或者以其他方式获取他人信用卡信息资料，并通过互联网、通讯终端等使用的；(四)其他冒用他人信用卡的情形。”

对于这些司法解释的评价褒贬不一，问题集中在对我国刑法中“冒用”一词的解释。笔者以为对“冒用信用卡行为”采取上述解释存在合理性。首先，在现实生活中，冒用他人信用卡，既可以针对银行职员进行，也可以发生在ATM机的场合。[①] 对信用卡诈骗罪的解释结论必须在国民一般理性所能预测到的范围之内，否则，将会造成司法适用上的混乱。对于犯罪行为预防及治理角度而言，将两者统一认定为“信用卡诈骗罪”较为合适。其次，冒用他人信用卡在ATM机上取款，这是行为人通过持卡并输入密码使对方误认为行为人具有该卡的使用权限，从而自动支付款项。这情形更为本质的特征是诈骗，尤其是其完全可以归入我国《刑法》所规定的冒用他人信用卡诈骗的情形之中，如果硬性将之作为盗窃罪处置，反而有违罪刑法定原则与罪刑相适应原则。同时，这也有违刑法应有的谦抑理念。因为在相应情形下，盗窃罪的处罚更重。[②] 因此，只有当我们采用妥善的解释方法才能得出“法律效果和社会效果兼优”获得公众认同感的结论。

三、我国刑法中信用卡诈骗罪与诈骗罪关系之厘清

(一)学界论争简述

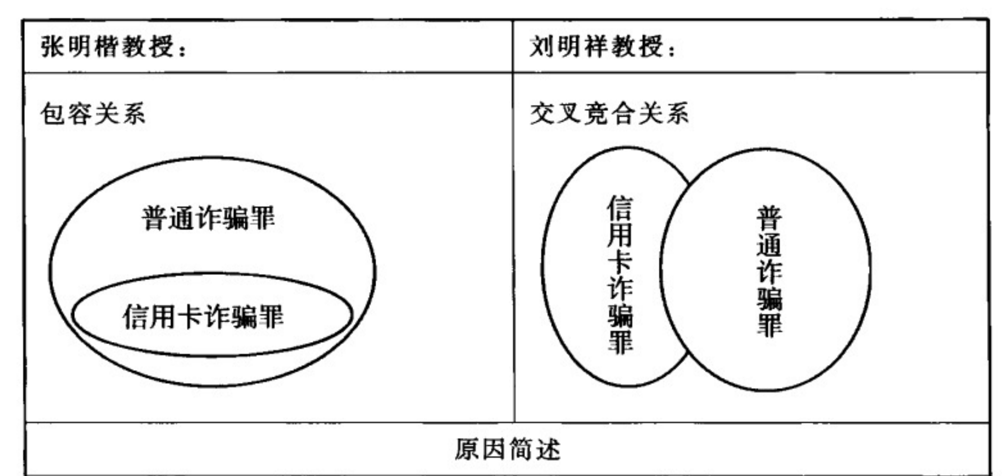
对于我国《刑法》中信用卡诈骗罪(第196条)与诈骗罪(第266条)的关系，学界主要存在两种观点[③]，具体表现为下表。

---

① 关于此点，可参见北大法意中有关信用卡诈骗罪的相关案例，其中大部分个案都包含这两类行为。

② 张小虎：《拾得信用卡使用行为的犯罪问题》，载《犯罪研究》，2008(5)。

③ 即上文表格中的张明楷和刘明祥两位教授的不同观点，具体论述参见论辩文章。

张明楷教授：	刘明祥教授：
包容关系	交叉竞合关系
	
原因简述	
《刑法》第266规定，“本法另有规定的，依照规定。”第196条即是对普通诈骗罪的特殊规定，两者属于特别法与一般法的关系。	因为我国信用卡诈骗罪中包含的部分滥用信用卡行为(如恶意透支等)不具有诈骗性质，不能被普通诈骗罪包容。

(二)我国《刑法》第287条规定的重新定位

对于上述争论，可通过对《刑法》第287条的解释予以解决。该条位于《刑法》“第六章 妨害社会管理秩序罪 第一节 扰乱公共秩序罪”，规定“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”根据该规定可认定以下推理：利用计算机实施金融诈骗犯罪的，按照金融诈骗罪定罪处罚。而信用卡诈骗罪属于金融诈骗罪。则利用计算机实施信用卡诈骗犯罪的，按照信用卡诈骗罪定罪处罚。

张明楷教授认为该条规定是注意规定，而注意规定只具有提示性，其表述的内容与基本规定的内容完全相同，因而不会导致将原本不符合相关基本规定的行为也按基本规定论处。[①] 具体而言，该学者坚持使用ATM机获取财物不构成诈骗罪，从而不构成信用卡诈骗罪。并不能以该条规定来证明“ATM机可以被骗”。

笔者以为《刑法》第287条的存在即无法否定“ATM机不可以被骗”，同时也无法肯定“机器能够被骗”。但是，只有在肯定“ATM机能偶被骗”的前提下，《刑法》第287条才可发挥其注意规定的作用。否则，该条几乎是多余的、无意义的。因为如果将信用卡诈骗罪中“使用”、“冒用”信用卡的行为对象只限于自然人的话，那么是否还存在实现利用计算机实施信用卡诈骗的情况呢？毕竟，立法者立法均是有目

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第97页。

的性的，只要通过解释可以使其发挥作用，则不应轻易否定其价值。由于第 287 条是该条相应传统犯罪法条的补充规定，因此，我国《刑法》中规定普通诈骗罪的第 266 条与规定普通信用卡诈骗罪的第 196 条存在包容的法条竞合关系，第 287 条规定的利用计算机实施的诈骗罪则与利用计算机实施的信用卡诈骗罪存在包容的法条竞合关系。

（三）我国《刑法》第 287 条规定的修改建议

使用计算机盗窃、使用计算机诈骗犯罪手段的特殊性，以及盗窃罪与诈骗罪二罪本身很多时候均难以区分性。而根据日本《刑法》第 246 条之 2 的规定，使用计算机诈骗罪是指向他人处理事务使用的电子计算机输入虚伪信息或者不正当的指令从而制作与财产权的得失或者变更有关的不真实的电磁记录或者提供与财产权的得失、变更有关的虚伪电磁记录给他人处理事务使用，取得财产上的不法利益或者使他人取得的行为。[①] 由此可发现，日本刑法规定中，并未严格区分使用计算机盗窃、使用计算机诈骗，而是将二者合并处罚的使用计算机诈骗罪。加之，我国《刑法》第 287 条中“利用计算机”这一构成要件要素不够明确具体，导致刑法学界对第 287 条存在认识误区。比如，ATM 机领域，刑法学界对拾卡在 ATM 机上使用、盗卡在 ATM 机上使用等行为定性的问题上存在诸多分歧。故而，笔者以为可借鉴国外的立法经验，对我国《刑法》第 287 条进行修改。[②]

四、法国、加拿大对信用卡诈骗罪的规定及启示

（一）法国：诈骗罪＋类似诈骗罪的犯罪

根据法国《刑法典》第 313-1 条，诈骗指使用虚假名称，或虚假身份，或滥用真实身份，或利用欺诈计谋，欺骗自然人或法人，从而使其决定损害自身或第三人利益，交付现金、有价证券或任何一项财产，提供服务或同意为履行义务或免除责任的行为。[③] 该条规定的欺诈计

---

① 刘明祥：《使用计算机诈骗罪比较研究》，载《网络安全技术与应用》，2001(12)。

② 刘明祥教授一直提倡在我国刑法中增设使用计算机诈骗罪。参见刘明祥：《用拾得的信用卡在 ATM 机上取款行为之定性》，载《清华法学》，2007(4)；刘明祥：《再论用信用卡在 ATM 机上恶意取款的行为性质——与张明楷教授商榷》，载《清华法学》，2009(1)。但该学者并未考虑到刑法第 287 条，笔者以为若增设罪名，可能会导致法条之间的重复和冲突，故而，对第 287 条进行修改可能较为合适。

③ 该法条据 legifrance 网站所公布的刑法典法语版译出，http：//www.legifrance.gouv.fr/。

谋，尽管数量众多，但限制较为严格，较典型的欺诈计谋有场景欺诈、文件欺诈、广告欺诈以及三方欺诈。它们必须能达到使受骗者产生信任并作出给付这一目的的程度，单一的谎言(un simple mesonge)、隐瞒事实并不构成欺诈计谋。故而，很多欺诈手段虽然严重扰乱社会秩序，造成财产损失，但是并不符合欺诈计谋的要求，故而无法构成欺诈罪。所以，法国刑法典在下一节中规定了与诈骗相似的犯罪。[①] 法国《货币与金融法》第163-3条规定[②]的犯罪(其中包含信用卡犯罪)，即属于“与诈骗类似的犯罪”[③]。但根据法国最高司法法院的判例，只要符合诈骗罪的条件，对于涉及信用卡的犯罪仍可定为诈骗罪。[④]

(二)加拿大：类似盗窃罪的罪行＋诈欺罪

加拿大刑法中“信用卡”的范围比我国广泛[⑤]，其对信用卡犯罪规定在《刑事法典》“类似盗窃罪[⑥]的罪行”一节中，即第342条“盗窃、伪造信用卡罪”，行为方式包括：(1)盗窃信用卡；(2)伪造、变造信用卡；(3)占有、使用或买卖明知是通过在加拿大境内的犯罪行为所得的信用卡；(4)使用明知已经作废的或撤销的信用卡。对于恶意透支行为，加拿大依照《刑事法典》第380条诈欺罪的规定定罪处罚，属于“以其他欺骗手段骗取公共财产”的范畴。[⑦]

---

① See JEAN LARGUIER and PHILIPPE CONTE, droit pénal des affaires, ARMAND COLIN 2004 , pp. 101—117.

② 该条规定具体为：“任何人为下列行为处7年监禁并处750000欧元罚金：1. 伪造、篡改支票或本法第133-4条规定的其他证书；2. 使用或意图使用明知是伪造、篡改的支票或本法第133-4条规定的其他票据；3. 明知是伪造、篡改的支票或本法第133-4条规定的其他票据但接受其支付。”该法第133-4条规定为“支付证书可代替性地或累积性地在所有法人性机构使用，支付服务使用者与支付服务提供者之间约定相关手续，根据该手续支付服务使用者可进行支付。”根据后一法条规定可见信用卡属于此种支付证书。两法条据legifrance网站所公布的条文法语版译出。

③ See JEAN LARGUIER and PHILIPPE CONTE, droit pénal des affaires, ARMAND COLIN 2004 , p139.

④ 典型的案件，参见该院刑庭2006年12月13日之判决，Bulletin criminel 2006, n° 221, p784。

⑤ 具体包括“以下列用途为目的而签发或发行的任何证卡、金属片、票券或其他物件：(1)其出示可以获取信用、钱款、商品、服务或其他有价物品；或(2)放入自动计数机、遥控设施或银行自动设施，可以获取这些设施提供的任何服务。”王文华：《加拿大与中国经济诈欺犯罪比较》，北京：中国检察出版社，2003，第269页。

⑥ 该学者在翻译时并未特别注明，加拿大中盗窃罪与我国盗窃罪的区别，但笔者认为从加拿大刑法法语版来看，加拿大刑法中“盗窃罪”(le vol)较为广义。参见：加拿大司法部官方网站中的刑法典版本：http：//laws—lois. justice. gc. ca/fra/lois/C—46/，2011-06-22。

⑦ 王文华：《加拿大与中国经济诈欺犯罪比较》，北京：中国检察出版社，2003，第185～190、269页。

(三)法国、加拿大信用卡犯罪治理的启示

法国、加拿大对于信用卡犯罪的规定从结构上看颇为相似，伪造、变造信用卡予以特别规定，而对于其他关涉信用卡的犯罪则仍需视情况而定，符合盗窃罪或诈骗罪条件时，仍以本国刑法对于诈骗罪的一般规定进行处罚。这两个国家在面对新型犯罪时的处理方式与德日存在较大差距，可能是由于两国对于刑法体系的追求在更多的时候让位于现实司法实践的需要。一般立法的修改需要有司法的相应基础，才会更加显得审慎和科学。也有学者从犯罪学角度解释为，加拿大对经济诈欺犯罪虽然在法律上严加防范，但对信用卡诈欺犯罪，并未引起太大震动，认为这主要是一个如何增强金融系统提高风险防御机能的问题，而不是一个法律问题。特别是对恶意透支行为，认为是金融行业必须付出的代价，主要依靠技术防范和国民道德素质的提高，商业道德、市场道德是规范企业和顾客活动以及人际关系的无形准则，没有什么理想的法律对策。[①]

五、结　语

有资金的地方就会有欺诈的出现。[②] 目前全世界没有一个国家能够对自己应对信用卡欺诈行为解决方案感到十分满意。[③] 不同国家刑法规定和司法实践，对信用卡诈骗罪会采取诸多不同的处理方式，从中可总结出不同的模式。作为后发国家，我国即可在立法建议上，也可在法律解释以及法学理论上借鉴经验。若在此基础上，对我国现有法律规定的解释可以合理处置新型犯罪，则应予以保留，或适当修改。

---

① 王文华：《加拿大与中国经济诈欺犯罪比较》，北京：中国检察出版社，2003，第185～190、269页。

② 举例而言，根据2002年6月份的数据：全国跨行交易的成功率为85.17%，在该月发生的254万笔跨行差错交易中，ATM的差错率为0.25%，POS机的差错率为0.15%。郭婵、罗剑朝：《我国信用卡消费的现状、问题与对策》，载《消费经济》，2005(1)。

③ 潘晓娟：《中国的反信用卡欺诈需"未雨绸缪"》，载《中国经济导报》，2011-03-03。

盗窃罪还是信用卡诈骗罪

——从犯罪对象看盗窃信用卡并使用行为之定性

黄家波*

现代市场经济是一种信用经济。所谓信用，是指以诚实不欺为基础的守诺、践约之心理态度及其付诸行为的兑现能力，含有一定人格、人权的尊严性和潜在的利益性(或潜在资源、资本性)，具有成就事业或促进经济活动受益、获利的特殊作用。[①] 而信用卡便是顺应现代科学技术进步潮流和经济、社会发展之需求，并基于信用而产生的一种先行支付和结算工具，是由银行签发给消费者使用的一种特殊信用凭证，是消费信用的一种形式。其基本用途是持卡人可以凭卡在发卡行指定的任一商户用于日常的购物、餐饮、娱乐、住宿等生活性消费支出，亦可在指定的银行营业网点存取现金。由于其具有消费信贷的功能，可以方便资金调度、加速资本周转，进而促进经济发展，而且较传统的交易方式具有灵活性、便捷性，适应现代社会生活节奏逐步加快的趋势，信用卡信贷消费必将成为现代社会的主流消费方式。然而，这种信用经济具有相当的风险性，如果这种“信用”被伪造、冒用、盗用或者滥用，则必将对银行、特约商户或持卡人的经济利益造成损害，进而破坏正常的消费信用关系和信用秩序，阻碍经济正常发展。因此，信用卡的法律规制显得尤为必要，信用卡的刑法规制便是其中之一。

经济安全在国家安全的地位越来越重要，而经济安全的核心又是金融安全，金融犯罪中最普遍的就是涉信用卡犯罪。在立法上，我国《79刑法》没有对信用卡犯罪予以规定，是由于当时占主导地位的经济体制是计划经济，信用卡业务并不存在。然而，随着信用卡业务的不

---

* 湖北省宜昌市中级人民法院党组成员，政治部主任。

① 王昌学、龙洋：《论信用犯罪与我国刑法规制》，载陈明华、朗胜、吴振兴主编：《刑法热点问题与西部地区犯罪研究——中国法学会刑法学研究会2002年年会论文选集(下)》，北京：中国政法大学出版社，2003，第785页。

断发展，涉及信用卡方面的犯罪日益增多，修订后的《97 刑法》第 196 条就规定了信用卡诈骗罪，此后，刑法修正案(五)对信用卡诈骗罪的立法又作出修改。不过，针对盗窃信用卡并使用行为的定性问题，刑法修正案(五)第二条仍然沿袭了《97 刑法》第 196 条第 3 款的规定，即“盗窃信用卡并使用的，依照本法第 264 条的规定定罪处罚”。然而，学界对此问题尚存诸多争议，需要我们进一步展开研究，本文从实务出发，拟就该问题作出探讨，以求证大家。

一、盗窃信用卡并使用行为之定性争论

最高法院在 1986 年 11 月 3 日对上海高院就王平盗窃信用卡、骗取财物如何定性问题的答复中指出：“被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为，是将信用卡本身所含有的不确定价值转化为具体财物的过程，是盗窃行为的继续，因此不另定诈骗罪，应以盗窃一罪定性。”同时，1995 年全国人大常委会颁布的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的规定》肯定了上述司法解释的意见，该规定第 14 条第 2 款明确规定：“盗窃信用卡并使用的，依照《刑法》关于盗窃罪的规定处罚。”1997 年的新《刑法》也完全采纳了这一解释精神，即主张盗窃信用卡并使用的行为，是行为人盗窃后为实现或保有盗窃所得而实施的事后行为，是盗窃行为的延伸，故以盗窃罪一罪进行定罪处罚。虽然司法解释和刑事立法已经对“盗窃并使用信用卡的行为”作出明确性规定，但刑法理论界对这一问题的争论一直激烈的进行，从未停止，归纳起来大致有以下五种观点。

第一种观点认为，应以盗窃罪定罪处罚，但理由又各不相同。有论者只是简单地基于立法规定而认为应以盗窃罪定罪处罚，[①] 或者重复上述司法解释的理由。[②] 也有学者基于此立场作了较为具体的分析论证。认为，信用卡是一种有价值意义的支付凭证，凭卡可以取得财物，盗窃信用卡并使用的行为同盗窃印鉴齐全的有效空白支票骗取财物相类似，行为人盗窃信用卡后，必然要实现盗窃所得的利益，客观

① 孙军工主编：《金融诈骗罪》，北京：中国人民公安大学出版社，2003，第 173 页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社，2000，第 345 页。

② 曾月英：《金融票证犯罪研究》，北京：中国人民公安大学出版社，2001，第 177 页；孙利：《经济犯罪研究与刑法适用》，北京：中国检察出版社，2001，第 318 页；王新：《金融刑法导论》，北京：北京大学出版社，1998，第 321 页。

上必然要实施冒用行为，这是盗窃行为完整的评价过程。① 因此，盗窃信用卡并使用的行为也应当构成盗窃罪。这种观点与刑事立法以及司法解释的精神是完全一致的。

第二种观点认为，盗窃信用卡并使用行为存在刑法上的牵连关系，属于牵连犯，即牵连触犯盗窃罪与信用卡诈骗罪。在具体的处理问题上，又存在不同的意见。有的学者认为，盗窃信用卡是本罪行为，而非法使用行为是为盗窃目的服务，是结果行为，应按照从一重罪处断的原则处理，一般应以盗窃罪论处，② 有的学者认为，应当数罪并罚，③ 还有的学者认为按主行为即信用卡诈骗罪处罚。④

第三种观点认为，应按吸收犯的处罚原则定罪量刑。该论者认为，盗窃行为是主行为，行为人盗窃信用卡后冒用他人名义的使用行为是盗窃行为的继续，是从行为，按主行为吸收从行为的原则，应定盗窃罪。⑤

第四种观点认为，盗窃信用卡并使用应分两种情况而论。如果行为人利用盗窃而来的他人的信用卡哄骗特约商户或者银行骗取钱财的，应定信用卡诈骗罪；如果利用盗窃的信用卡在 ATM 机上取现，由于 ATM 机不具有人的灵性，只要行为人同时拥有信用卡和密码，就可以取到钱财，冒领只是实现其价值的手段而已，并不具有独立的价值，因而应定盗窃罪。⑥

第五种观点认为，盗窃信用卡并使用的行为应定诈骗罪不应定盗窃罪。这与前述定盗窃罪的观点恰好相反。其主要理由是：盗窃信用卡并不意味着行为人就占有了公私财物，公私财产所有权主要是通过冒用信用卡而转移的，属于诈骗性质。符合刑法规定的信用卡诈骗罪中“冒用他人的信用卡”的行为，因此，应定信用卡诈骗罪。⑦

二、盗窃信用卡并使用行为的犯罪对象分析

传统刑法理论认为，犯罪对象又叫行为对象，是指刑法分则条文

---

① 周振想主编：《金融犯罪的理论与实务》，北京：中国人民公安大学出版社，1998，第 461 页。

② 陈兴良主编：《刑法新罪评释全书》，北京：中国民主法制出版社，1995，第 531 页。

③ 周仰虎、于英君：《论信用卡犯罪的立法完善》，载《法学》，1996(9)。

④ 单长宗主编：《新刑法研究与适用》，北京：人民法院出版社，2000，第 247 页。

⑤ 陈明华主编：《刑法学》，北京：中国政法大学出版社，1999，第 508 页。

⑥ 胡驰、于志刚主编：《刑法问题与争鸣》，北京：中国方正出版社，2001，第 248 页。

⑦ 马小平、谭智华：《金融诈骗犯罪通论》，重庆：重庆大学出版社，1999，第 221～222 页。

规定的犯罪行为所作用的客观存在的具体人或者具体物。犯罪客体是指我国刑法所保护的、为犯罪行为所侵害的社会关系。行为对象反映犯罪客体，犯罪客体制约行为对象。“作为犯罪对象的具体的人或物，具有客观实在性，犯罪对象只能是犯罪行为直接作用的人或物，否则便不是犯罪对象。”[①]关于信用卡犯罪的犯罪对象，目前比较有代表性的意见有以下三种：第一种观点认为，信用卡犯罪的犯罪对象有四种，即现金、商品货物、商务劳动和信用卡本身，实质上是以信用卡为代表的银行信用。[②] 第二种观点认为，信用卡仅仅是诈骗所采用的手段、工具，而并非犯罪行为侵害的具体物。据此，在利用信用卡实施诈骗犯罪的场合，表现和反映公私财产所有权的并非信用卡本身，而是通过利用信用卡实施诈骗活动所获得的公私财产。因而，信用卡犯罪的犯罪对象应当是公私财产。[③] 第三种观点则认为信用卡犯罪的行为对象只能是信用卡本身。[④]

笔者认为，对于第一种观点，认为本罪的犯罪对象包括非物化的银行信用，这显然不符合犯罪对象的本质特征。实际上，本罪是通过非法使用信用卡而使作为信用卡内容之一的银行信用受到侵犯，也就是说，信用卡受到非法行为的“直接作用”后，才使其所代表的“银行信用”受到侵犯。银行信用应该是犯罪客体层面的内容，它是指建立在银行或相关金融机构与信用卡合法持有者之间的一种信用关系，属于社会关系的一种，绝非具体的人或物。也就是说，银行信用不具备刑法理论上犯罪对象应具备的特点，将它作为本罪的犯罪对象，就会混淆本罪的犯罪对象与犯罪客体的界限。对于第二种观点，认为本罪犯罪对象只是公私财产，同样不妥。根据《刑法》第 196 条规定，信用卡诈骗罪客观方面表现为行为人非法使用信用卡，骗取数额较大的公私财产的行为，这种行为同时侵犯了国家的信用卡管理秩序和公私财产所有权。正如某些学者所说：“如果未通过占有信用卡的状态，却实现了使公私财产的所有权遭受侵犯，那么这种行为不可能构成信用卡诈骗

---

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000，第 61 页。

② 丁寿兴：《关于信用卡犯罪问题的研究》，载《刑事法专论》(下卷)，北京：中国方正出版社，1998，第 1120 页；陈兴良：《罪名指南》(上册)，北京：中国政法大学出版社，2000，第 64 页。

③ 王志祥、姬朝远：《信用卡诈骗罪若干问题研究》，载《山东公安专科学校学报》，2004(1)：60。

④ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000，第 433 页。

罪，这正是信用卡诈骗罪从诈骗罪中分离出来的原因。"①可见，如果主张本罪犯罪的对象仅限于公私财产的话，则无法反映出本罪侵犯国家信用卡管理秩序这一主要客体的特点。信用卡本身具有的各项特有的功能，决定了它才是国家信用卡管理制度的物质体现。或者说，国家信用卡管理秩序正是蕴藏在信用卡这一特定的、具体的物后面。如果只将信用卡当做犯罪工具而不是犯罪对象来看待，那么就会推定出犯罪工具也是犯罪客体的载体。这显然与刑法通说主张的犯罪对象才是犯罪客体的载体的理论相矛盾。第三种观点也有问题。信用卡当然是本罪的犯罪对象之一，但不是它的全部。

本罪的犯罪对象即犯罪作用的具体的人和物应当是持卡人、具体的金融机构和特约商户。以受害人是否及时挂失，本罪犯罪对象的具体体现有所不同：第一种情况是，在持卡人信用卡被盗并同时被盗密码的条件下，因种种原因持卡人没有及时挂失，此时账户内的资金被取或被消费，此时的犯罪对象是持卡人和信用卡本身，因为最终承担责任损害责任的人是持卡人，因此持卡人是犯罪对象，此时持卡人是犯罪作用的具体的人。第二种情况是在持卡人信用卡被盗并同时被盗密码的条件下，持卡人及时挂失后，金融机构或特约商户因种种原因继续让犯罪分子提现或消费，因为持卡人挂失后损失发生转移，责任转移到金融机构或特约商户方面，此时犯罪分子犯罪的直接责任人就应该是具体的金融机构或具体的特约商户或两者同时作为犯罪对象。第三种情况是，在持卡人挂失过程中，因为冻结挂失账户的指令因为传输障碍不能够到达数据中心，因为财产受损失的是金融机构，此时犯罪分子作用的直接的人应该是具体的金融机构，则本罪的犯罪对象此时只有金融机构。第四种情况犯罪分子盗窃真卡因不知道密码而变造后使用，或将伪造卡、变造卡或作废卡误认为是真卡而盗窃，变造后使用，应当说也是符合法律条文规定的"盗窃并使用信用卡的行为"，此时的犯罪对象只可能是具体的金融机构或特约商户。

三、盗窃信用卡并使用之行为辨析

现在，一般都认为刑法这一条的规定为法律拟制。从法益侵害的

① 黄书建：《信用卡诈骗罪犯罪对象的司法认定》，载《中国信用卡》，2004(6)：28。

角度看，法律拟制是有意将明知为不同者等同视之，[1] 即将原本不符合规定的行为也按照该规定处理，通过这种手段将这两种不同的行为赋予相同的法律效果，但之所以能够作出这种拟制规定，是因为这两种行为在客体上没有明显区别。[2] 如果犯罪对象不同，必然带来犯罪客体的不同，对于盗窃信用卡后并使用行为所侵害的犯罪对象具体分析如下。

第一种情况是持卡人信用卡及密码同时被盗的条件下，因种种原因持卡人没有及时挂失，此时账户内的资金被取或被消费，犯罪对象是持卡人。此时符合最高法院"被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为，是将信用卡本身所含有的不确定价值转化为具体财物的过程，是盗窃行为的继续，因此不另定诈骗罪，应以盗窃一罪定性"，成立盗窃罪没有问题。

第二种情况是持卡人在信用卡被盗，持卡人及时挂失后，金融机构或特约商户因种种原因继续让犯罪分子提现或消费，因为持卡人挂失后损失后果的承担发生转移，损失责任转移到金融机构或特约商户方面，此时犯罪分子犯罪的对象就应该是具体的金融机构或具体的特约商户。此时犯罪分子使用盗窃信用卡的行为符合信用卡诈骗罪之冒用他人信用卡的特征，与冒用他人信用卡所侵害的客体相同，盗窃信用卡后并使用的行为侵犯了国家的信用卡管理秩序与公私财产所有权双重客体，而盗窃罪所侵犯的犯罪客体仅是公私财产所有权，可见，此时认为盗窃信用卡并使用行为成立盗窃罪于理不通，因而《刑法》第196条第3款的这一规定与法律拟制规定的基本原理相悖。

第三种情况是持卡人信用卡被盗后在挂失过程中，冻结挂失账户的指令因为传输障碍不能够到达数据中心，挂失时间和挂失数据产生效果会产生一个时间差，在这个时间差中造成的损失，应当由具体的金融机构负责，则本罪的犯罪对象此时只能是金融机构。此时如果说依然成立盗窃罪，可能出现持卡人的卡被盗，由于卡片没有任何价值，持卡人并没有受到损失，承担信用卡管理职能的金融机构遭受损失，理由同样是罪犯冒用他人信用卡致使金融机构受骗，导致犯罪的初始行为因对象的改变发生中断，该行为不可能是最高人民法院解释的"是盗窃行为的继续"。如构成盗窃罪从犯罪构成上讲不通，也不符合法律抑制的原理。此时应当成立信用卡诈骗罪。

---

① [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003，第142页。

② 张明楷：《刑法分则的解释原理》，北京：中国人民大学出版社，2004，第261页。

第四种情况是犯罪分子盗窃真卡因不知道密码而变造后使用，或将伪造卡、变造卡或作废卡误认为是真卡而盗窃，变造后使用，应当说也是符合法律条文规定的“盗窃并使用信用卡的行为”，此时的犯罪对象完全和原来的持卡人无关，犯罪对象只可能是具体的金融机构或特约商户，此时成立信用卡诈骗罪应该是毫无疑义的。

根据以上分析，笔者认为，信用卡作为一种信用凭证，盗窃信用卡本身并不能体现出行为人已经占有了实质性的财物，行为人必须通过后一使用行为才能实现对他人财物的非法占有，有必要将盗窃行为和使用行为分开来分析。而使用行为得逞的关键在于行为人使用了信用卡中的磁条信息,[①] 若仅仅将使用盗窃信用卡的行为定盗窃罪，盗窃罪的对象就表现为信息，这似乎与刑法规定冲突，根据刑法的规定，盗窃罪是取得型财产犯罪，它以窃取财物为其本质特征。而信用卡只是一种信用凭证，而非直接的财物，不能成为盗窃罪的对象。并且，盗窃信用卡不使用一般不会造成信用卡所有人的财产损失，难以成立盗窃罪。有可能按盗窃罪处理的情况，只有行为人在已经知道或同时窃取他人信用卡密码的前提下，盗窃他人信用卡并取现时。除此之外，对于行为人盗窃信用卡并使用的，应该按冒用他人信用卡的情况认定成立信用卡诈骗罪。但是，笔者也认为，盗窃并使用的“信用卡”应该是指真实有效的信用卡，而不包括伪造的或已作废的信用卡。[②] 对于行为人盗窃他人伪造或已作废的信用卡并加以使用的行为，符合“使用伪造的信用卡”和“使用作废的信用卡”的规定，应以信用卡诈骗罪论处。如果行为人盗窃真卡后，通过伪造后再使用的，属于使用伪造信用卡的行为，应以信用卡诈骗罪定罪处罚。如果行为人错误地认为伪造的信用卡、作废的信用卡是真卡而进行盗窃并使用的，属于盗窃的认识错误，应依据认识错误的原理处理。

四、对盗窃信用卡并使用行为的重新定性

基于以上分析，笔者认为，刑法对这一行为的定性不甚合理，应根据具体情况进行判断后作出具体的定性，总的来说，应当以信用卡

---

① 信用卡磁条信息是信用卡的核心内容，它包括信用卡磁条上的发卡银行和持卡人的币种、持卡人的资金额以及交易额，防伪密码等信息。信用卡磁条信息与信用卡是一种不可分割的关系，若没有信用卡磁条信息，信用卡就是一张无效卡。

② 刘宪权：《信用卡诈骗罪的司法认定》，载《政法论坛》，2003(3)：89。

诈骗罪定罪为主，以构成盗窃罪为补充。理由是：(1)盗窃罪与信用卡诈骗罪都属于以非法取得他人占有的财物为特征的取得罪，从刑法理论而言，区分不同取得罪的关键是看行为人取得财物的手段，如果是采取秘密窃取的手段直接取得财物的，构成盗窃罪；如果是利用信用卡作为欺骗手段通过他人交付(包含间接交付)而间接取得财物的，构成信用卡诈骗罪。在盗窃信用卡并使用的行为中，盗窃的行为并不具有独立评价的意义，因为信用卡并非财物，其自身的经济价值甚微，不能等同于货币，盗窃信用卡后如果未使用，不会使财物的所有者失去财物，只有使用才是行为人取得财物或财产性利益的关键，也是造成他人财产损害的原因所在。这里的使用行为绝大部分是行为人采取虚构身份、虚假签名等欺骗手段，冒名顶替信用卡的所有人，使对方(包含计算机)误认为是财物的所有者，因而将财物交给行为人(或为行为人支付费用)，如果对方明知事实真相，就不会交付，所以，行为的实质是骗取财物，因此完全符合信用卡诈骗罪中“冒用他人信用卡的”的客观方面的特征。(2)以信用卡诈骗罪进行基本定性可以正确反映这一行为侵害的客体，其不仅侵害了公私财产权，更重要的是还侵害了信用卡管理制度，因此也符合信用卡诈骗罪的客体要求。而如果以盗窃罪论处，则不能完全反映这种行为侵害的客体。至于犯罪主体、犯罪主观方面则无问题。因此，盗窃信用卡并使用的行为完全符合信用卡诈骗罪的构成要件。(3)盗窃信用卡并使用的，所盗窃的信用卡无论是真实有效的还是伪造、作废的信用卡，对其都应以信用卡诈骗罪论处。前者属于冒用他人信用卡的行为，后者属于使用伪造或作废的信用卡的行为，两者都属于信用卡诈骗罪的情形。(4)在行为人盗窃信用卡并同时获得密码的情况下，此时可以理解为最高法院司法解释的“盗窃行为的延续”构成盗窃罪。基于以上理由，笔者建议，今后修改刑法时应删除我国《刑法》第 196 条第 3 款，让司法实务部门针对具体案件和事实，作出恰当的判断和定性，做到罚当其罪，不枉不纵。

骗取贷款罪司法认定中的三个问题

孙国祥*

根据《刑法修正案(六)》的规定，骗取贷款罪，是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。看似简单的规定，理解上却有不少分歧。从笔者收集的近年来相关案例看，骗取贷款罪的司法适用十分混乱，或者不当扩大的处罚范围使该罪成为了任意解释的"口袋罪"，或者不当限缩的人罪范围使该罪实际上形同虚设，此外，骗取贷款与贷款诈骗在实务中界限不明，削弱了对贷款诈骗罪的规制力度。撇开个别案件存在的人为操控而故意混淆的原因，这种界限不清大都涉及对该罪基本构成要件的不当理解。本文就骗取贷款罪中的欺骗对象和欺骗行为以及犯意转化作深度的理论诠释。

一、关于骗取贷款罪的欺骗对象

骗取行为是欺诈类犯罪所共有的特征。因此，"骗取"与"诈骗"行为的客观特征相同，有着共同的逻辑结构，均是行为人采取虚构事实、隐瞒真相的方法，使被害人陷于错误认识，基于错误认识，对权益作出处分。换言之，任何欺骗行为，首先要看有无具体而明确的被欺骗对象(相对人)；然后再看相对人有无受欺骗，如果没有使对方陷入认识错误，就谈不上基于错误的认识作出了处分决定，则也不能成立欺骗。具体到骗取贷款罪，该罪中的骗取行为逻辑结构为：借款人实施了欺骗行为，相关银行工作人员陷入了认识错误，并在认识错误的基础上作出决定向借款人发放了贷款，借款人因而取得了贷款，并给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节。这里，借款人的欺骗行为与取得贷款以及造成的贷款风险之间应具有刑法上的因果关系。

---

* 南京大学法学院教授、博士生导师。

实务中查处的一些骗贷案件，借款人在向银行申请贷款时，确实向银行工作人员提供了一些有瑕疵的贷款资料，例如虚构公司的经营情况、贷款的用途等。但银行经办该贷款的工作人员或者决策放贷的人员，对这些材料本身不真实性是非常清楚的。相关人员在了解真相即没有受到欺骗情况下作出了放贷决定，使行为人获得了贷款。这能否认定为本罪的“骗取”行为？理论与实务中对此代表性的观点认为，在骗取贷款犯罪中，不符合贷款条件的行为人与银行或其他金融机构的工作人员共谋策划、内外勾结作案，参与骗取贷款的行为。如果给银行造成重大损失的，行为人既构成违法发放贷款罪，又构成骗取贷款罪，按照从一重罪处断的原则，应构成违法发放贷款罪。如果没有造成重大损失，但其他情节严重的，应构成骗取贷款罪的共犯。[①] 换句话说，对实践中存在的借款人和金融机构审核人员联手做局的案件，审核人员明知是虚构事实或虚假材料，但收受好处后仍将其作为真实，或者放宽审查标准，将有缺陷的贷款申请放行的情况，只要其目的是以不正当手段取得贷款的情况，仍应作为骗取贷款、票据承兑、金融票证罪处理。[②] 我认为，这种观点有失偏颇，在欺骗行为的对象认定上，有认识上的误区。

一个骗贷案件发生后，虽然人们习惯地说银行受骗被骗了多少贷款。实际上，银行被骗受害固然是事实，但说银行受骗是不准确的。借款人欺骗行为作用和影响的对象应该是银行等金融机构工作人员，而不是银行等金融机构本身，银行金融机构本身是无法受骗的。因为银行等金融机构作为一个法人单位，它没有自然人所拥有的感觉器官可以接受外界的信息，也没有自然人一样的大脑对外界信息进行归纳和整理，因而也就没有能力也不可能直接对他人提供的信息作出真实性的评判。不过，银行等金融机构不能直接受骗，不等于银行等金融机构的工作人员不能受骗。银行或者其他金融机构工作人员完全有可能因为借款人的虚构事实而陷入错误认识，而代表银行作出错误的决定。换句话说，银行的意思表示是通过银行工作人员显露的，它的经营是通过具体的银行工作人员行为对外活动实现的，借款人的欺骗行为针对的是银行办理贷款的工作人员和具有决定贷款发放权限的人，而不是泛泛而论的银行等金融机构本身，即“欺骗行为作用于法人中的

---

① 黄汉勇：《骗取贷款罪的法律适用问题研究》，载《法治论丛》，2008(2)。

② 徐会展：《骗取贷款、票据承兑、金融票证罪相关问题研究》，http://lawyer.110.com。

自然人，即作用于法人中具有处分财产权限或地位的自然人，才可能骗取法人财产。”[①]而金融机构的工作人员被骗的后果，往往是由银行等金融机构直接承担，银行等金融机构成为了骗贷案件的被害人。刑法中，行为对象与犯罪受害对象不一致的情况并不鲜见，如《刑法》第167条签订、履行合同被骗罪，受骗者是国有公司、企业中的相关主管人员和责任人员，而受害者则是公司、企业本身。

不过，作为银行等金融机构的工作人员，他在从事某种违规活动时，既可能为银行本身的利益并得到银行等金融机构同意而实施，也可能是为了借款人利益而损害银行等金融机构的利益。因此，当银行的工作人员明知行为人提供了虚假的贷款资料而予以发放贷款，是否属于骗取贷款罪的欺骗行为，应分别情况处理。

第一，负责贷款的各环节银行工作人员明知借款人提供了不实贷款资料，为了本单位的利益，以本单位的名义决定向借款人发放贷款，由于他们代表了银行的意思和行为，发放贷款也不是基于错误的认识，因此，借款人不应构成骗取贷款罪。换言之，“在金融机构内部，处分财产的人并没有陷入任何处分财产的认识错误，而是在知道事实真相的情况下将金融机构信贷资金进行非法转移”，不符合欺骗行为的构造。[②] 作为借款人，与其打交道是具体的银行工作人员而不是是抽象的银行金融机构。借款人与金融机构的借贷款行为，终究是一种交易行为，当事人的意志自由应该得到充分的尊重，当事人双方基于真实的意思表示作出的处分行为，刑法不值得去保护也不需要刑法去保护，即使造成了损害结果，也应属于被害人自我归责的范围，既不属于骗取贷款罪的构成要件范围，刑法也缺乏干预的必要性。类似的结果在国外大体上也一样。例如，在日本，负责贷款人发放的贷款“即使它构成违背任务的行为，如果这种贷款主要是为了谋求公司利益而实施的话，那么，因不存在‘图利目的’，所以照样不构成背信罪。”[③]

第二，不具有决定权的银行工作人员明知借款人提供了不实贷款资料(实务中不乏这种情况：银行的个别工作人员与行为人勾结，共同虚构事实，提供虚假的贷款资料)，但发放贷款最终决定者并不了解真相，决策者在陷入错误的情况下作出了放贷决定。此种情况下，实际上是借款人和银行的工作人员共同虚构事实，通过向具有决策权的银

---

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第89页。

② 同上书，第552页。

③ [日]芝原邦尔：《经济刑法》，金光旭译，北京：法律出版社，2002，第28页。

行工作人员行骗而获得的贷款，如果造成了实际损失，银行工作人员行为符合违法发放贷款罪的构成特征，应构成违法发放贷款罪，借款人应构成骗取贷款罪；如果没有造成重大损失，具有“严重情节”的，则银行工作人员和将借款人应成立骗取贷款罪的共犯。

第三，具有决定权的银行工作人员明知借款人提供了不实贷款资料，不是为了本单位的利益，而是基于徇私舞弊(如索贿受贿或者谋取其他私利)，仍然决定向借款人发放贷款，由于其目的不是为了银行等金融机构的利益，而是与借款人串通共同损害本单位的利益，故其行为实质上也就不具有银行的代表性，应属于骗取贷款罪的骗取行为，如造成损失的，可以构成非法发放贷款罪，如果没有造成损失，有其他严重情节的，应构成骗取贷款罪。

二、关于骗取贷款罪的手段行为

形式上，构成骗取贷款罪，并没有手段的限制，只要行为人采取了欺骗手段，均可以构成。但是否只要提供了虚假的贷款资料就构成骗取贷款罪？这涉及对骗取贷款罪所侵害实质和规制范围的认识。

理论分析和实务处理中，对此有两种不同的观点：第一种观点认为，本罪是结果犯，“骗贷案件是一种结果犯罪，衡量是否犯罪的标准是，是否造成重大损失，如果达不到这一标准，就不算是骗贷。”[①]第二种观点认为，从刑法规定看，骗取贷款罪是结果犯和情节犯并存。行为人的骗贷行为，本身就已危害到了国家的金融管理秩序，在该类违法犯罪行为日益增多和严重的今天，理应通过刑罚来加以惩戒。[②]换句话说，行为人只要提供了虚假的贷款资料，给银行造成了损失或者有其他严重情节的，都应该构成本罪。最高人民检察院、公安部2010年《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(下称《规定(二)》)第27条规定，凡以欺骗手段取得贷款等数额在100万元以上的，或者以欺骗手段取得贷款等给银行或其他金融机构造成直接经济损失数额在20万元以上的，或者虽未达到上述数额标准，但多次以欺骗手段取得贷款的，以及其他给金融机构造成重大损失或者有

① 伏昕、陈小莹：《唐骏巨额骗贷案不起诉：本人未支付首付和贷款》，载《21世纪经济报道》，2010-08-04。

② 徐会展：《骗贷数额能否单独成为骗取贷款罪的定罪标准》，http：//lawyer.110.com。

其他严重情节的情形，应予立案追诉。该《规定(二)》接近于观点二的立场。但从实务中看，大部分骗贷案件被激活而追究刑事责任都是建立在由于骗贷行为给银行造成了实际损失的基础上，鲜有仅仅因为采取骗取手段获得贷款而没有造成损失就作为犯罪处理的，甚至一些典型案件中，被告人采取了欺骗手段，获得了巨额贷款，公安机关也已经立案侦查，但由于尚未形成损失而被检察机关认为不构成犯罪决定不起诉。[①]

笔者认为，上述两种观点都有所偏颇。首先，认为本罪是结果犯，只有造成了相关结果才能构成本罪的第一种观点不符合立法规定。立法已经明确，构成本罪有两种情况，一是造成“重大损失”；二是虽然没有造成重大损失，但有“其他严重情节”。虽然“其他严重情节”具体指何种情况，界定不清，比较模糊，但显而易见的是，其入罪范围比实际造成损失的范围宽。第二种观点虽然形式上有《立案标准(二)》的依据，但认为只要存在有欺骗行为、形式上符合骗取数额在 100 万元以上的条件，或者其他严重情节，则不问是否可能造成损失，是否危及贷款安全，一律构成本罪，则入罪范围过宽，也未必符合社会现实和立法精神。

笔者认为，骗取贷款行为的入罪，首先看行为人采取欺骗手段获取贷款后是否给银行或者其他金融机构造成“重大损失”，在已经造成损失并达到立案标准的情况下，构成骗取贷款罪应没有异议。其次，行为人采取欺骗手段获取贷款后，虽然没有给银行或者金融机构造成损失，但案发时已经形成贷款风险，危及贷款安全，此种情况下，也应构成犯罪。如果行为人申请贷款时虽然采取了欺骗手段，但没有形成贷款风险，则行为人不应构成本罪。之所以作如此限定，主要基于以下理由。

1. 立法目的的解读

笔者认为，对骗取贷款罪“欺骗”的界定，不但要做形式判断，更需要实质把握。任何商业贷款，终究是一种商业行为，是借贷双方合意的民事行为。骗取贷款罪的设立本意是为了保护银行贷款资金的安全，防范贷款风险，而不是要惩罚一切不合规范的贷款行为。从本罪设立的立

---

① 例如，侦查机关一起骗取贷款的案件中，发现嫌疑人在 2009 年 4 月 10 日至 7 月 15 日期间，安排包括“打工皇帝”唐骏在内的 8 名亲友签订了 15 份某大厦的购房合同，并由嫌疑人全部支付首付款和每月的月供，贷款总额达 1.4729 亿元。在全部贷款中，唐骏一人有 6 笔，达 1.4729 亿元。嫌疑人实际上是假借销售为名，向银行获得按揭贷款，以解决公司的资金短缺问题。但由于唐骏等购房手续完整，案发时一直在按月还供，银行贷款没有造成损失，检察机关作出了“不起诉决定书”。参见伏昕、陈小莹：《唐骏巨额骗贷案不起诉：本人未支付首付和贷款》，载《21 世纪经济报道》，2010-08-04。

法背景看，之所以规定骗取贷款罪，其根本原因是"骗取金融机构信用与贷款，使金融资产运行处于可能无法收回的巨大风险之中，有必要规定为犯罪"。[①] 因此，行为人虽然提供的资料有瑕疵，但该资料对金融资产的运行没有形成风险的，不应作为骗取贷款罪认定。实际上，作为商业贷款，银行借款合同的中心是围绕着借款与还款来进行的，至于合同规定的一些随附义务，也大都是围绕着贷款安全设置的。而担保抵押贷款，最主要的安全保证，就是担保和抵押物的真实、足额。

实践中，银行商业贷款中，贷款人形式上需要提供的贷款资料名目繁多，恐怕很少有人认为凡借款人提供了不真实的贷款资料都能成为骗取贷款罪。本罪立法讨论中，"银监会认为，以虚构事实或者隐瞒真相等手段取得银行或者其他金融机构贷款的行为，本身具有很强的隐蔽性，由此带来损失的形成一般需要很长的周期，且损失是否最终形成，在实践中因缺少统一判断标准而很难判断。如果将'造成重大损失'作为该罪的构成要件之一，则判断起来非常困难，不利于打击此类违法犯罪。银监会建议将该罪由'结果犯'模式改为'行为犯'模式，以是否实施行为作为构成要件，而不是以结果作为构成要件。即以'数额巨大的'和'数额特别巨大的'作为'骗用贷款罪'成立的要件。"[②]但这一立法建议并没有得到采纳。因为在诸多贷款资料中，有一些并不是为了控制贷款风险，而是基于贷款行政管理(如统计)等需要提供的，对形成贷款风险不起实质性的作用。从现实生活看，借款人为获得贷款，对自己公司的经营情况作某种程度的夸大，早已是司空见惯的现象，如果因此认为这都是刑法上的欺骗行为，则无限扩大了本罪的规制范围。对商业上的担保贷款而言，关键是有无真实的有效的资产进行抵押，只要担保单位可靠和抵押物足额，其他资料、手续纵有虚假，也不致给银行和其他金融机构造成重大损失，不致危害金融管理秩序。笔者的这种解释，在一些国家的刑法中也有规定，如在日本，是否成立不法贷款的背信犯罪，"要根据实质性的标准来判断。""即使属于不当贷款，如果确实采取了设定担保等确保债权回收的必要措施，那么仍不构成背信罪。"[③]

---

① 黄太云：《刑法修正案解读全编——根据刑法修正案(八)全新阐释》，北京：人民法院出版社，2011，第194页。

② 孙铭：《"行为犯"模式核定骗贷罪》，载《21世纪经济报道》，2006-06-23。

③ [日]芝原邦尔：《经济刑法》，金光旭译，北京：法律出版社，2002，第28页。

2.“其他严重情节”的立法语言，包含了对入罪范围扩张，更表明了对入罪的限缩

作为情节犯中的情节，虽然含义比较抽象，但不等于在司法中可以作漫无边际的任意解释，立法用“严重”作为情节入罪的限定，就表明在没有造成损失的情况下，一般是不需要入罪的。从本罪的客体是危及金融安全的角度出发，将此处“其他严重情节”解释为实际上是一种危险犯是可行的。因为，本罪常态的入罪条件是“造成重大损失”，即“导致一定数额的金融资金无法归还”，与其对应入罪条件，从逻辑上应该与“重大损失”危害程度具有相当性。单纯采取欺骗手段获得贷款，没有造成“重大损失”的危险性，难以相当，只有在虽然没有造成现实的“重大损失”，但由于行为人的欺骗手段，使金融机构的“巨额金融资金陷入巨大风险”的情况下，才能危及金融机构贷款资金的安全，将其界定为有造成重大损失危险的，才具有相当性。实际上，刑法中的许多情节犯，看上去比较广泛，但司法解释为了减少裁量的任意性，控制入罪面，或者还原为数额犯，或者限定为危险犯，骗取贷款罪也理性如此。

3. 将欺骗贷款罪的最低入罪标准限定为形成贷款风险，危及贷款安全，是我国法律体系中的“二元化”规制模式决定的

各国对欺骗贷款行为的规制模式和范围不一样，在美国，《美国联邦法典》第 18 篇第 1014 节规定的虚假贷款犯罪，只要行为人实施法律规定为犯罪的行为，即行为人向银行提交了虚假贷款申请，便构成既遂，而未必实际上取得贷款。[①] 德国《刑法典》第 256 条 b(信贷诈骗)规定，对信贷诈骗的规定是一种行为犯的犯罪构成，其并不要求以非法占有目的作为构成犯罪的必要条件，也不要求造成实际的危害结果为要件。[②] 这与西方国家刑事立法定性不定量的“一元化”模式有关。“二

① 储槐植：《美国刑法》(第 3 版)，北京：北京大学出版社，2005，第 226 页。

② 《德国刑法典》第 256 条 b(信贷诈骗)规定：“1. 一经营体或企业就另一经营体或企业，或虚设的经营体或企业，关于信贷条件的许可、放弃或变更的申请，有下列行为之一的，处 3 年以下自由刑或罚金：(1)就有利于贷款人且对其申请的决定具有重要意义的经济的关系。A. 提出不真实或不完全的资料，诸如收支平衡表、赢利及亏损账目、资产摘要或鉴定书，或 B. 以书面形式作不真实或不完全的报告。(2)资料或报告所表明的经济关系的恶化未在附件中说明，而其对申请的判断又非常重要的。2. 自动阻止债权人基于行为人的行为予以给付的，不依第一款处罚。非因行为人的行为而不给付的，只要其自动且真诚努力阻止提供给付的，不处罚。3. 第一款中的概念：(1)经营体或企业是指与其标的物无关，而依经营方式和范围需要以商业经营方式成立的商业企业；(2)信贷指一切方式的金钱借贷、承兑借贷、金钱债权的有偿及延期，票据贴现、担保、保证及其他担保。”参见《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，北京：中国方正出版社，2004，第 131 页。

元化”的规制模式最主要的特征，就是根据违法行为的危害程度，分别界分为一般违法违规行为与犯罪行为。只有达到了一定程度以后，才能引起国家刑罚权的发动。没有达到严重社会危害性的行为，则适用党纪行政纪律的处分。① 换句话说，刑法终究是一个国家的终极性法律，社会管理的最后手段。基于刑法的谦抑性，“刑法与其他法律相比，有‘最后法’的特性，即刑法是在其他法律所无法调整、所无力制裁时才发动，刑法在一定意义上可以说是其他一切法律的后盾，因而要慎用刑法。”②例如，俄罗斯刑法典中的“非法取得贷款罪”，只有贷款人提供了明显虚假的其财务情况和经营情况的信息，并造成了巨大损失的情况下才能构成。③ 我国刑法虽然没有明确规定，但“二元化”规制模式是我国经济刑法的立法特点。

事实上，贷款过程中的欺骗行为形式多样，常表现为虚构主体、提供虚假担保、虚构贷款用途(提供虚假的合同)、改变贷款用途、提供虚假的财务报表等。大部分情况下，这些行为都是可以通过其他规制方式调整的。中国人民银行 1996 年颁布的《贷款通则》对贷款的条件、流程、管理、法律责任等进行了详细规定。如要求在贷款时，借款人应当填写借款申请书并提供真实的贷款资料；《贷款通则》第71 条规定了借款人不按借款合同规定用途使用贷款的，或者贷款在有价证券、期货等方面从事投机经营的，或者未依法取得经营房地产资格的借款人用贷款经营房地产业务的等，由贷款人对其部分或全部贷款加收利息；情节特别严重的，由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款，并提前收回部分或全部贷款。《贷款通则》第 72 条规定，借款人向贷款人提供虚假或者隐瞒重要事实的资产负债表、损益表等资料的，或者不如实向贷款人提供所有开户行、账号及存贷款余额等资料的；或者拒绝接受贷款人对其使用信贷资金情况和有关生产经营、财务活动监督的，由贷款人责令改正。情节特别严重或逾期不改正的，由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款，并提前收回部分或全部贷款。所以，在没有造成损失或者没有形成遭受损失的风险时，该行为作为贷款纠纷处理是有依据的，如果都要入罪，行政上的处罚就失去了空间。

---

① 于志刚：《贪污贿赂犯罪定罪数额的现实化思索》，载《人民检察》，2011(12)。

② 赵秉志：《对〈刑法修正案(七)(草案)〉的几点看法》，载《法制日报》，2008-09-27。

③ 《俄罗斯联邦刑法典》，黄道秀等译，北京：中国法制出版社，1996，第 89 页。

三、关于骗取贷款行为中的犯意转化

判断行为人是否具有非法占有目的，是区分骗取贷款罪与贷款诈骗罪的关键，即骗取贷款是借而欲还，而贷款诈骗是借而不还。借款人一开始并不是或者没有证据证明行为人主观上具有“非法占有目的”，在使用欺骗手段取得贷款以后，行为人主观上故意发生变化，出于非法占有目的不归还贷款，此种情况能否以贷款诈骗罪认定？对此学者有不同看法。持肯定立场的学者认为，“行为人在获取贷款之前或之时并无非法占有的目的，但在合同履行期间产生不法占有的目的，并通过转移、藏匿等手段非法处置贷款，此时行为人之前的合法行为经与其犯罪目的的整合，其后续行为构成一完整的系统，整个系统因目的对行为的控制和调节而具有犯罪性了。”[①]因此，行为人骗取贷款等金融机构信用时没有非法占有目的，但后来产生非法占有目的，应当按贷款诈骗罪等相关的金融诈骗罪处理，不能定骗取贷款罪，也不能数罪并罚。[②] 否定的观点认为，“既遂以贷款的发放为标志，从着手到既遂都要求其有贷款诈骗罪的故意和非法占有的目的，而行为人占有贷款后形成非法占有目的的，因不可能再有诈骗的行为，而属于事后故意，而非行为实施中的故意(事中故意)。事后故意是不能构成故意犯罪的罪过的。”[③]

笔者认为，肯定和否定的观点都是似是而非的。当借款人根据贷款合同取得银行等金融机构的贷款后，虽然不是出于非法占有目的，但在归还贷款之前，其故意内容是可以发生变化的，不能排除非法使用贷款的故意转化为非法占有的目的。刑法中，行为人在甲犯罪故意支配下实施甲犯罪，在甲犯罪得逞后，又在更为严重的乙犯罪故意支配下，在甲犯罪造成的结果基础上针对同一对象继续实施乙犯罪，进而构成后一种严重犯罪的情况在司法中早有实践，如挪用公款后行为人又产生了非法占有的目的，司法解释规定按照贪污罪定罪量刑。因此，肯定说有一定的理论基础。

---

① 丁天球：《破坏社会主义市场经济秩序罪重点疑点难点问题判解研究》，北京：人民法院出版社，2005，第 356 页。

② 柳忠卫：《骗取贷款、票据承兑、金融票证罪疑难、争议问题研究——兼论我国刑法立法模式的完善》，载《法学评论》，2009(1)。

③ 赵秉志主编：《金融犯罪界限认定司法对策》，长春：吉林人民出版社，2000，第 326 页。

不过，也不能一概而论地认为，只要是不履行归还贷款的义务，就一律以构成贷款诈骗罪论处。因为行为人尽管可以产生非法占有的目的，但如果没有在此目的下进一步实施相应的占有行为，仍然不符合贷款诈骗罪的特征。

申言之，采取欺骗手段获得贷款以后，不履行相应的还款义务，银行对借款人享有的是相应的债权，是否构成贷款诈骗罪，应做具体分析。

第一，借款人在取得贷款以后，将该款用于生产、经营或者其他用途，由于种种原因(如经营管理不善、被他人所骗等)，客观上无法履行还款义务。此时，不论行为人主观上出于何种心态，由于没有相应的财物与行为人主观心理呼应，因而都不能构成贷款诈骗罪。2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出："对于合法取得贷款后，没有按规定的用途使用贷款，到期没有归还贷款的，不能以贷款诈骗罪定罪处罚；对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的，因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款，案发时有能力履行还贷义务，或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因，如因经营不善、被骗、市场风险等，不应以贷款诈骗罪定罪处罚。"这一规定的精神可以适用此种情况的主观方面分析。

第二，行为人获得以后，有还贷能力，但出于非法占有的目的，拒不履行还贷义务。如果银行等金融机构可以通过救济手段实现自己债权的，宜作为贷款纠纷或者骗取贷款罪处理，不构成贷款诈骗罪。因为这种情况下，借款人主观上虽然产生了非法占有目的，但这一主观目的没有与客观的、积极的占有行为联系起来，缺乏定罪的客观基础。例如，借款人在银行有足额的担保财产可供执行，或者银行可以执行该贷款的担保人财产(当然，借款人有可能对担保人构成诈骗犯罪)，则对借款人不应以贷款诈骗罪定罪。

第三，借款人取得银行等金融机构的贷款以后，在非法占有目的的支配下，积极实施了使银行债权永久灭失无法实现的行为，应属于贷款诈骗一种形式。这是因为，此种情况下，借款人不是单纯的不履行还款义务，而是实施了使银行债权不能实现的行为。借款人取得贷款后，在非法占有目的的支配下，采取种种手段完全排除银行债权的实现，与直接占有银行贷款本质上并没有什么区别。而且，此种行为仍然是发生在贷款合同履行的过程中。实际上，2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》对此种情况也是规定以贷款诈骗罪的定罪量刑的。该《纪要》规定，"对于行为人通过诈骗的方法非法获取资

金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获取资金后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。"这其中，对于实践中经常发生的在获得贷款以后卷款而跑(即取得贷款以后，携款逃匿的)、挥霍豪赌(即取得贷款以后，不是用于正常的生产经营，而是在非法占有目的支配下用于挥霍豪赌的)、抽逃、转移资产(取得贷款以后，将款项化整为零，非法转移、隐匿，将资产转移到关联公司，原公司的只剩下一个空虚的框架，或者搞假破产、假倒闭，造成自己无归还能力的事实，以逃废债务)等行为，其主观方面的非法占有目的，完全可能是取得贷款以后产生的，而不问是在前还是在后，都应该以贷款诈骗罪定罪量刑。

“借贷”名义下的罪恶

——对《刑法》第 193 条的正义解读

黄金波 [*]　赵成泽 [**]

一、导　言

当华尔街风暴席卷全球的时候，在国人的耳畔敲响了我国本就倍受伤害的金融安全的警钟。纵观我国金融安全的状况，情景是触目惊心的。据《信息时报》(电子版)透露，2000 年，中国人民银行剥离坏账 1.4 万亿元人民币；2004 年，配合中国银行、中国建设银行、中国工商银行三家上市，再次剥离 9 050 亿元人民币；截至 2007 年底，中国四大商业银行还存坏账 1.8 万亿元人民币。就是在这样一个庞大的数字面前，我们的相关方面的机构也好，人员也好，麻痹到了视而不见、无动于衷的程度。关于金融安全的保护问题，我国刑法是有规定的。为何无人问津坏账中的犯罪或者说坏账中的大部分犯罪被社会管理机构忽略？对此，笔者感悟到，虽然既存的制度本身不一定成为某种行为的近因，而空缺某种制度则必然成为某种行为发生的近因，但是尤为重要的不可忘记的是，当正义理念缺失时，就会让某种行为泛滥成灾。更可悲的是，这种正义理论的缺失，在刑法理论上不负有任何直接的责任与义务。因此，厘清这种正义理念下所要认识的问题对我们如何适用现存的刑法规制，保护金融安全是具有十分现实的意义的。

具体到金融借贷关系而言，对刑法所作规定的理解与实行，严重缺失正义理念的指导，因而，对庞大的坏账背后的相当比例的犯罪未予有效打击，纵使无数以正常信贷为手段的犯罪逃脱法网。一位哲人说过：“一位法官的点头对人们带来的得失往往要比国会或议会的任何

* 湖北省宜昌市中级人民法院研究室副主任。
** 湖北省当阳市人民法院法官。

一般性法案带来的得失更大。"[①]当《刑法》第 192 条至 200 条关于金融诈骗罪的规定得到立法机关通过时，它仅仅只是存在于书面上的法律，要使它鲜活地作用社会生活，还得靠法官的法槌落下时。一般而言，"在经济发展的复杂社会与重视人权的法治时代，不可能直接根据正义理念定罪量刑。"[②]然而，我们现在感到不安的是，我国《刑法》第 193 条关于信贷诈骗的规定，在具体适用时，其正义精髓未能得到有效体现。正如张明楷先生所言："当法条所使用的文字还存在着被社会期待以新的含义时，刑事立法是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成刑法规范；刑事司法是将现实发生的事实与刑法规范相对应，从而形成刑事判决。作为解释者，心中当永远充满正义，目光将不断往返于规范与事实之间。唯此，才能实现刑法的正义性、安定性与目的性……解释者必须善意地将成文刑法规范朝着正义的方向解释，使正义的自然法展于成文刑法之中。"[③]正是这种法律适用的方法论的缺失，才使得《刑法》第 193 条的规定不能最有效地作用于我们的社会生活。因此，大量的贪婪之徒对金融信贷便趋之若鹜，把大量的国有资金当成唐僧肉，大块大块地割去，他们依仗的是合法的信贷外衣。然而我们只要稍加分析，他们合法的外衣下的包藏的祸心便昭然若揭了。

二、借贷资本的功用

在现代经济关系中，资本无疑是重要的生产与再生产的元素。从马克思主义的原理出发，劳动力是第一生产力。然而，现代规模的经济运行中，缺少资本因素，社会经济机器是无法运转的。在现代生产经营运行中，资本成了劳动力作用于生产资料并获利润的不可或缺的杠杆。但由于资本的载体是货币，因此，资本的功用往往被人的主观恶性所扭曲。在现代复杂的经济体系中，资本作为独立于劳动力和生产资料的个性元素，具有不可替代的优势能量，因此，它被一切梦想发财的人所钟爱。然而，在合法的可实现预期目标的单位经济体系中，资本是杠杆，但是在不法的或者说是在不科学的，最终不能实现预期目标的单位经济体系中，资本则可能成为吞噬人的生命的怪兽。因此，

---

① [美]罗纳德·德沃金：《法律帝国》，李常青译，北京：中国大百科全书出版社，1996，第 1 页。

② 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第 322 页。

③ 张明楷：《刑法分则的解释原理》，北京：中国人民大学出版社，2004，序说第 1 页。

资本的功用，从不同角度，在不同场合，具有十分重大的反差。作为资本主义发展产物的金融信贷资本，其功用更是具有多重性。

(一)信贷资本的法律功用

既然资本是现代经济运行中劳动力作用于生产资料的重要杠杆，那么，信贷资本的法律功用就只能是现代经济发展中的助推器。而要有效实现它的这一功能，是需要条件的，违背这些条件，即违背经济规律，盲目行事，资本就不仅不能帮人们实现发财的梦想，还会把你带向深渊。实用主义法学的核心理念是真理就是有效的假定，即“真理＝有用”[①]。在信贷活动中，倒是有必要倡导这一理念。那么，就一般常识而言，信贷资本的合理利用，需要这样一些条件。

1. 科学的投资方向

作为信贷资本的借贷双方，首先必须看准投资的项目是否具有生命力，是否能实现预期的经济目的，作为经营的主体，借方要用资本促使项目的上马并获得利润，贷方要用资本从借方那里分割出一部分项目利润，从而实现资本的增值。

2. 合适的投资规模

科学的投资方向确定之后，还要把握一个合适的金融入口限度，大马拉小车是资金的浪费，小马拉大车又会使动力不足，这样都会导致项目预期目标的难以实现。

3. 诚信的经营作风

在金融信贷中突出的是一个“信”字，先有“信”后有“贷”，如果不以“信”为前提，“贷”就无异于“骗”。一个有诚信的人，如果借来的钱不能有效地十分有把握地实现他的经营目标，银行就是主动的塞给他贷款，他也不敢或不肯收，为什么，因为借来的钱是要还的，一旦不能实现预期目标，还钱的事就没有指望了，那将是一场灭顶之灾。

4. 勤勉的创业精神

现代复杂经济体系中，要想实现一项发展，做成一件事情，没有勤勉刻苦的精神是不行的。信贷关系发生后，无论借方，还是贷方都要勤勉敬业，借方不勤勉，事情就不能有序进行，贷方不勤勉，不认真履行对资金使用运行情况的监督，就不能保证借出的资本有效发挥作用并按期收回投资。

---

① 苗金春：《语境与工具——解读实用主义法学的进路》，济南：山东人民出版社，2004，第311页。

(二)不同利益主体眼中的信贷资本功用

按照以上所说的信贷资本的法律功用以及实现它的功用所需的条件，任何一个诚信借款主体和任何一个贷款主体都会在信贷资本面前噤若寒蝉，都会在信贷资本的借贷操作中如履薄冰。然而，在忘记诚信的条件下，不同的利益主体，从各自的利欲出发，把信贷资本当成了各自通向自己梦想天堂的敲门砖。企业主(所谓的企业主)在借款时就没想到还款的问题，只要能想方设法将银行贷款借到手，就算大功告成，如果侥幸经营成功(一般情况下，在这种心理支配下的借款经营是难以成功的)，则皆大欢喜，如果经营不成功，"我"是不会吃亏的，一拍屁股——走人。这种情形下的坏账存量，无须论证，国人心中自有一个认知程度。银行管理者，在资本公有制条件下，只要有一丝微利能中饱他们的私囊(这里的微利的量是与他们放出去的天文数字的贷款相比而言的)，他们就会大笔一挥，将国家的大量资金流失到不该流失的地方，最后血本无归。福建泉州皇达树脂有限公司的罗振江，以三万元贿赂农业银行福建分行某业务部经理王某和业务员林某，就骗取该行贷款 70 万美元，类似例子不胜枚举。[①] 地方长官则打着发展地方经济的旗号，为自己的升官铺平道路而不惜用金融贷款为自己塑造政绩。尽管国家为防止这一点而对金融信贷审批程序及权限作了大量改革，但此类问题不仅过去大量存在，而且现在仍在以不同的形式干扰着信贷关系。对于这三种对象的心态作一个形象的比喻，他们都是要让国家的金融信贷作徒手攀岩，至于谁将为徒手攀岩中摔下悬崖的国家信贷资金负责，他们是不会考虑的。A 市一位长官 H 先生，在信贷审批程序及权限改革后，用电话的方式，直接指挥 A 市建设银行、工商银行、中国银行为来自广东的赵某贷款逾亿元人民币，最后都血本无归，当赵某受到刑事追究时，作为地方长官司的 H 先生以及各银行的相关管理者都安然无事。这里有一个证据问题，但我们要强调是关于《刑法》第 193 条的正义精髓的理解与把握问题。只有将《刑法》第 193 条所涵摄的所有行为与主体全面把握，才能将那些慷国家之慨的不法之徒们置于徒手攀岩的危机环境中，当法律要他们为徒手攀岩的后果自己买单时，他们的不法行为才能得到遏制。

---

① 肖桂彬编著:《经济诈骗与防范》，北京：中国工人出版社，2003，第 160～162 页。

三、坏账的危害性质

前面已经提到，2000 年，中国人民银行剥离坏账 1.4 万亿元人民币；2004 年，配合中国银行、中国建设银行、中国工商银行三家上市，再次剥离 9050 亿元人民币；截至 2007 年底，中国四大商业银行还存坏账 1.8 万亿元人民币。据我们对 A 市工商、建设及农业三家商业银行的粗略调查，三家银行自 2000 年以后共剥离坏账近 10 亿元人民币。一个人口只有 40 多万的县级市，在不到十年的时间内就剥离坏账近 10 亿元，其社会危害可见一斑。我国《刑法》第 13 条的规定："一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度、破坏社会秩序和经秩序、侵犯国有财产或劳动群众集体所有的财产、侵犯公民私人所有的财产、侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。"暂且放下恶意借贷行为的犯罪构成与《刑罚》分则中第 193 条的规定的相符性不讨论，仅凭《刑法》第 13 条的规定就完全有理由对恶意借贷的各方角色进行治罪。从犯罪理论的角度讲，社会危害性是任何行为是否应受到刑罚处罚的关键条件，而刑法的重要功能也是保证社会关系即社会利益不受犯罪侵害。在正义理念的支配下，社会各有关机构不应当对这种严重侵害社会利益的行为熟视无睹。尽管全国办理金融诈骗案不少，但与庞大的坏账背后所隐藏的浩如烟海的大大小小的披着形式合法外衣的金融犯罪案相比，那只触及到了冰山一角。之所以存在这样的理念的缺失，除了技术层面的、认识层面的原因之外，更大程度上是因为社会成员(包括自然人与机构)的利益关系在左右事物的运行。就像当前全球盛行的救市风，在中国除了股市，最直接的还有楼市，也是正义理念缺失的背景下，受利益联系驱动作用下的产物。有媒体评价说中国的决策层所鼓起的救市风是"疯救市"，笔者认为还要加上一个"救疯市"。为什么是"疯救市"？先得说明中国的楼市"疯"在哪里。作为常识，我们知道在西方发达国家，房价只是购房者当年人均年收入的 3—6 倍，而中国房价按不同层次的房型，是购房者当年人均年收入的 15—100 倍。现在中国楼市按房型分为实用型、享受型和奢侈型，即便是按最低标准，在最小的城市，一个县级城镇小户型房价也在 2000 元/平方米之间，一个普通居民购买一处一百平方米以下的住房也需二十多万元，这笔钱得需一个人不吃不喝将收入

全部积攒15—20年方能凑齐。这样的楼市你能说它不是"疯"市吗？之所以形成这种"疯"市，中国管理层难辞其咎。先说从业的人的问题，无论是大的投资集团的业主，还是小县城的开发公司的大大小小的经理们，总是能把他们与其所在地的官员连接到某种血亲或者姻亲关系上来。一个地方的书记或市长、县长亦或省长是甲地交流来的，到职不久，便会有一个或几个甲地来的人在他(她)任职的地方安营扎寨，从事高利回报的营生。也不管那些人是否具备技术，具备财力，只要地方长官是他们的"亲人"，便万事大吉，"没有条件，创造条件"也能把生意做下去。这些地方长官之所以要交流到其家乡之外的地方去任职就是为了防止其以权谋私、割断他手中的权力与自己的血缘或姻缘的联系。没想到中央费尽心思设计出的防腐措施，在这些私利追逐者那里，被一个"跟随现象"轻轻化解，在中国，千里做官只为财的腐朽理念在这些人身上得到淋漓尽致的发挥。有些地方官员为使自己的七姑八姨、三兄四舅所开发的房产卖个好价钱，为使他们能有超强的竞争力和超高的利润回报，不惜出台土政策，在当地不允许合法拥有土地使用权的老百姓建私房，这种明显与国家法律相悖的事这些官员都敢做，就更不用说帮这些所谓的房地产开发商去疏通融资渠道了。这就说到了这一腐败群集中的地方的第三个问题，即钱的问题。从《公司法》的角度讲，从事房地产行业的公司资本应在亿元以上，这些资本应当是自有资金，而不是借贷资本。只有这样，开发商才有能力应对市场波动的风险。但是，在"跟随现象"下派生出来所谓开发商，有几个具备这样的法定条件呢？他们绝大多数只是利用作官的亲人去为他们周旋，套取银行贷款。这样的公司，钱是国家的，地价是优惠的，竞争几乎是没有的，但他们还是干不好。为什么？心太贪，利益的隐性分配渠道太多，分出的比例太大。于是就疯抬房价，让房价疯到地球人都难以企及。当然，我们知道，现在的救市是对购房的低贫群体利好，但笔者想问两句话，第一，他们可能最想直接出台救开发商的政策，但共产党的宗旨和中央的制约下，他们敢吗？第二，现在这些隔鞋挠痒的救市措施没能对症房市病根的成因，它能有效吗？与其在房市问题上出台种种扬汤止沸的措施，不如动真格在全国上下把"跟随现象"查个底儿穿，把那些大大小小的"房狼"们揪出来，清出局，还市场一个干净。庞德说得好："对个人主张进行评价时，我们必须详尽权衡每个人的社会生活、道德生活或人道生活中的那种社会利益，进而必须把法律要求的实施局限于相关的人(即受制这种要求的人)能够像其

同胞一样存在的范围之内。"[1]通过上述分析，房市中官、银、商的三方勾结，正是我国金融信贷灾难性后果的元凶，这是其一。其二，政府在面对房市风云变幻时的不同态度折射出我们的社会缺失了正义的理念，特别是在规制的构建与适用上，严重存在缺失正义理念的问题，由此提醒我们，在我国刑法关于金融信贷方面的犯罪制约，之所以乏力，之所以不能全面把握《刑法》第139条规定的正义精髓，与上述官、银、商三方的私利纠缠有着直接联系。进而可知，坏账是损害了国家金融利益，其背后更是严重侵蚀着国家的管理机器。可以这样说，坏账是中国社会机体中的万恶之首。

四、坏账背后的手法透视

庞大的坏账数据背后，隐藏着林林总总的犯罪手段。对此，不少学者有专门的论述，我国刑法也作了列举式规制。归纳起来有以下几种：

(1)编织外商身份，到中国投资，骗取贷款；

(2)以合资合作为借口，组建联营企业并以联营企业名义骗取贷款；

(3)编造引资招商谎言，骗取贷款；

(4)签订虚假合同，骗取贷款；

(5)虚假收购股份，"借壳"非法贷款；

(6)贿赂银行管理人员，骗取贷款；

(7)编造银行单证，"智能"骗贷；

(8)买通甲银行、坑害乙银行，骗取贷款；

(9)伪装先进、利用领导信任和权力干预骗取贷款；

(10)利用亲缘关系骗取贷款；

(11)鼓动他人出面自己坐收渔利，骗取贷款；

(12)以承租企业的名义贷款，嫁祸承租企业骗取贷款。[2]

张明楷先生说得更简明，他认为：在以下关系上，就构成金融诈骗罪，"行为人实施欺骗行为—对方陷入或继续维持错误认识—对方基于错误认识处分财产—行为人取得或者使第三人取得财产—被害人遭

---

① [美]罗斯科·庞德：《法理学》(第一卷)，邓正来译，北京：中国政法大学出版社，2004，第151页。

② 肖桂彬编著：《经济诈骗与防范》，北京：中国工人出版社，2003，第152～171页。

受财产损失。"[①]这里有几点认识需要阐释，"行为人实施诈骗行为"的时间点问题可能是事前预谋，也可能是事后无力偿还或不想还款时；"对方陷入或者继续维持错误认识"的发生时点问题可能是处分财产前，也可能是在处分财产后；"对方基于错误认识处分财产"的情形可能是在首次处分财产时，也可能是在首次处分财产后。当犯意发生在合法取得财产后，因某种原因产生"赖账"的犯意条件下，对方就可能在此时点上产生错误认识并错误维持过去已有的财产处分心理，此时的处分就是错误的了。

不管不法者用何种手段进行贷款诈骗，其通用的伎俩是贿通地方官员和银行管理人员。有些骗局中，犯罪分子所设骗局是十分拙劣的，稍加注意便不难识破，但由于地方官员的干预，加之银行管理人员吃人的嘴软，拿人的手软，所以就睁一只眼，闭一只眼，让骗子们招摇过关，卷款走人。我们这里要讨论的核心问题，不是犯罪的具体手段本身，而是要透过这些手段的共同点，甄别出大量存在却未被司法当局纳入刑法制约的社会存在问题。我国《刑法》第 193 条规定："有以下情形之一，以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

1. 编造引进资金、项目等虚假理由的；
2. 使用虚假的经济合同的；
3. 使用虚假的证明文件的；
4. 使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；
5. 以其他方法诈骗贷款的。"

从以上规定可以看出，我们的刑法规制是科学、涵摄面是宽泛的，但实际操作中，对它的正义精髓未能很好地把握，以致大量的信贷诈骗犯罪逍遥法外。当然，这只是站在司法专业自省自律的角度谈问题，如果要全面分析，对那些手段低劣的犯罪行为未能有效打击，其深层原因则是受到了坏账本身的成因影响的。如前所述，坏账的产生绝大多数是奸商(干脆就是犯罪人)、官员、银行管理人等几方勾结，沆瀣

---

① 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第 5 页。

一气形成的，因此，受利害关系的影响，作为受害人的银行，一般情形下，只要能将此类骗局归人正常的信贷纠纷，他们是不愿意将其作为犯罪向司法机关举报的。作为地方官员，由于幕后利害关系的影响，他们非但不会促使相关机构去追究此类犯罪，反而会千方百计地为犯罪分子开脱，使其大事化小、小事化了。1997 年 10 月，笔者审理一信贷纠纷案件时，发现某旅游五金门市部的注册资本的验资报告是假的，该公司的经理王某有明显做假骗贷嫌疑，笔者向银行方面提出，此案应纳入刑事侦查，信贷员王某却说，这个案子银行领导和市领导都打招呼，当初贷款时就是领导层层招呼后才办的贷款，现在不要说刑事立案，就连清欠的民事诉讼还是我们硬顶着办的，领导说此笔贷款几十万元，不算大案，先放一放再说，笔者认为，再放就过追诉期了，才顶着起诉，起诉前，领导在审批时还一再说这个案子可以先缓一缓，我们坚持后才勉强批下来。此类情形在整个坏账中，有多大比例，国人可想而知。正是这种几方的私利相互纠缠，使得大量数以万亿的国有资本白白流失。我们的司法手段，就因为这些私利的影响而在本来极不高明的犯罪手段面前显得是那样的软弱无力。一位西方哲人说过，“解释犹如法律本身，也服务于正义，正义的各种原则表现在实在法的解释里。”[①]从这个原理出发，我们必须对下面的社会现实给予足够关注：即在大量的坏账贷款中，有相当比例的当事人无明显作假情节，公司是真是，相关证明文件是真的，只有两点是假的，一是贷款人的内心诚信是假的；二是他所投资的项目回报率是假的，对此，就难死判官了。这种情形下，贷款行为的结果百分之百是给银行造成坏账，但其性质却不好确定。同上述刑法规定情形直接对应的犯罪并不难对它们绳之以法的，问题是，对那些刑法规定情形中很难对号入座的具有社会危害性的行为，则往往成为打击的难点，因此，对这类行为进行犯罪构成的相关分析是具有重要意义的。

五、形似合法的贷款诈骗之犯意形态分析

当犯罪人的行为隐藏到无明显符合刑法所规定情形的程度时——即如上所述，公司是合法存在的，项目是真实的，相关证明文件是真的，只有两点假：一是诚信有假，借款人的内心从一开始就不打算还钱；二是经营结果的预期有假，即便是按可行性评价的要求，一丝不

① ［德］科音：《法哲学》，林远荣译，北京：华夏出版社，2003，第 213 页。

苟地做来，经营目标也无法实现——我们就应当拓宽视野，分析这种情形下借款人的主观犯意的客观实在性。

(一)借款前的借款人的心态分析

如前所述，面对银行贷款，一个有诚信的人，对社会和自身高度负责的人，他们会噤若寒蝉。当他们决定是否向银行借款，借多少，借后怎么还，等等环节会慎之又慎，反复思考，在他们心里，借款容易，还款难。钱借到手，投资出去，稍有不慎，就会还款无望，把自己带入债台高筑的泥潭。因此，贷款只有在项目较优、额度合适、周期快捷、运作谨慎的条件下，才是经济的杠杆，否则，它就是吞噬生灵的魔兽。因此，任何善良的人们都不会在没有万全把握的前提下去向国家举债。一个不想占国家便宜的人，在投资回报没有把握的情况下，不要说担保抵押之类的贷款，银行就是无息塞给他贷款，他也不会要，因为他要为还款感到恐惧与不安。反之，在不法之徒那里，贷款无异于天上掉馅饼，来者不拒，多多益善，因为他们没有对还款的恐惧与不安，原本他们心里就不打算还款。因此，尽管在所有形式要件都符合正常信贷条件的情况，只要内心诚信有瑕疵，只要投资回报预期有瑕疵，其犯罪人的内心犯意也容易把握的。

(二)借款后的借款人心态分析

古人云，心必形于行。一个善良的人在借款之后，会勤勉经营以期如期还款，即便是经营不善，一时无力还款，他们也会诚惶诚恐，多方设法，对借贷负责。而一个不法之徒借款后，一般都逍遥享乐，因为他们认为从借到银行贷款之日起便大功告成，还款的事压根没有进入他们的思维。就是上述提到的某旅游公司经理王某，因欠银行巨款不还，无法在家乡立足，跑到武汉做生意，我们到武汉找到他，向他送达相关诉讼文书时，他理直气壮地质问我们：你们知不知道全国各地都有上亿甚至几亿贷款不能收回，银行作坏账冲了？我们借这一点小钱，你们还跑大老远追到武汉来要。王某的这番话告诉我们，即便王某当初借款时是合法行为，但他后面的心态有了变化，从合法心态转向了拒不归还的犯罪心态，就如一个借别人汽车用后拒不归还，这在刑法上也是能找到相应规制的。因此，不法分子在借款后的心态我们可以捋出他们或是当初借款时就是恶意借贷，或是借贷后，心态变化，成为恶意侵占。总之，善良的人借贷心理与犯罪人的借贷心理是可能通过各种信息分析出来的。只要我们在正义理念的推动下，为了社会的一般安全尽职尽责，就可以让好人安居乐业，让坏人难逃法网。

(三)对法条涵摄行为的正义解读

我国《刑法》第193条第一项规定，编造引进资金、项目等虚假理由的定贷款诈骗罪。这里"项目"与"资金"是分列条件，二者有其一即定罪。更进一步作文理分析，这里所列编造项目，并没有局限"项目"的真实存在这个范畴，而所编或所报"项目"的预期效益的真实性也没有被排除在条文所规定的"项目"真实性之外。如果作反面理解，那将是什么样的情形呢？如果条文所规定的"项目"只要存在，不管其效益的真实性，那么，借款人只要胡乱上一项目，不管其经济效益能否实现其预期目标，哪怕最终因效益真实性存在严重瑕疵，也不在刑法条文涵摄之列的话，我们的整个法治理念就被歪曲。如果说《刑法》第193条的文字确有局限，那么，社会的现实与秩序正义也在向我们发出召唤，正如卡多佐所言，"我们必须维护正义的一般品质……尽管先例或成文法无论多么苛刻也应当得到严格遵守，但公正与良知的良好规诫同样应当得到尊重，而后者在很多时候都不能拘泥于文字。"①我们的法治理念下，是要构建一个和谐的、科学发展的社会。而在经济领域则可以不考虑项目的效益真实性，对贷款行为中，编造虚假的项目效益，不在刑法打击之列，这岂不是破坏了我国法治社会构建的逻辑完整性了吗？一个社会要科学和谐地发展，经济活动中，不仅考虑项目的经济效益，而且要考虑项目的社会效益。如果借款人在报项目时说该项目不仅经济效益可观，而且排污低，结果执行中，项目不仅经济效益低，而且严重超标排放污水，这时你还能说这个项目的效益真实性不是刑法调整的对象(社会关系)吗？由于坏账中绝大多数不法分子是以效益目标实现为理由来给自己乃至相关责任人开脱罪责的，我们的社会管理的相关部门也是在这一点上存在认识误区，因此，对我国《刑法》第193条的具体解读只涉及第一项之"项目真实性"的问题，其他内容便于掌握，且实行中亦无大的误区，故不赘述。

六、恶意借贷犯意形成的时点

在整个借贷活动中，借款人何时产生的犯意，对于打击此类犯罪也具有十分重要的意义。

首先说借款前的犯意时点问题。如果有信息表明借款人以借款之

① [美]本杰明·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，北京：中国法制出版社，2002，第86～87页。

前就没有准备还款，那么，其犯意应该是他打算向银行贷款进就产生了恶意借贷的犯意。

再说借款后心态变化的犯意产生时点问题。有时借款人可能在借款时或借款后都是诚信的，但由于经营不善，无力还款，或由于感到经营赚钱困难，不如赖账不还来得容易，于是不想还款。这两种情况下要作具体分析。经营不善者，有的是无力还款。有的是有钱不还。这里要首先分析经营不善的具体情形，如果在可行性报告没有虚假成分，借款后也无懈怠行为，完全是市场变化导致预期目的不能实现，后来又确实无力还款，则不属恶意借贷，不受刑法制约；如果在可行性报告有虚假成份，或借款后有懈怠行为，后无力还款，或有力还款但拒不还款，应按恶意借贷处理，其犯意产生的时点应从提供虚假报告，或懈怠行为产生之时确定。

七、刑法当量观念对具体法条适用的指导

作为常识，"当量"的概念我们是可以理解的。即各种元素在相互反应所占重量之比值。[①] 在确定刑法调整的社会关系的范围时，就应当考虑刑罚的当量问题。如果将社会秩序、某类犯罪存量及刑法关于此类犯罪所作的刑罚规定进行比较，这三者之间就有一个"当量"关系。西方哲学家黑格尔对刑罚在社会秩序中的比重曾这样论述："在社会中犯下的罪行显得比较严重，可是刑罚则较轻，这种情况初看是自相矛盾的……如果社会自身还是动荡不安，那就必须通过刑罚树立榜样，因为刑罚本身是反对犯罪的榜样的榜样。但是在本身已是稳定的社会，犯罪的勾当是很微弱的，因此犯罪的处罚也必须按照这种微弱程度来衡量。所以严厉的刑罚不是自在自为地不公正的，而是与时代的情况相联系的。"[②]当一种社会秩序即一种社会利益能用其他行政的或民事的法律规则调整时，刑法是不参与其中的，只有某种社会关系被严重侵害，专门法律无法维护其秩序的时候，刑法就不能等闲视之了，这就是刑法的最终保障功能。[③] 就信贷安全问题，由于恶意借贷行为已在我国泛滥成灾，且我国刑法对此亦明确规定，因此，我们作为法律的执行者，要确立维护秩序的一般安全的正义观念，理清我国刑法条

---

① 《辞海》，上海：上海辞书出版社，1988，第1257页。

② 黑格尔：《法哲学原理》，北京：商务印书馆，1961，第229页。

③ 张明楷：《刑法的基础观》，北京：中国检察出版社，1995，第22页。

文的正义精髓，将条文所涵摄的全部现实行为有效纳入刑罚的制约范围。尽管目前我国银行的机制政策和监控手段政策都对金融安全有了很大的保障，地方长官对银行信贷的干预能力大大降低，信贷秩序有大的改善，但是，利益的驱使会使我们的秩序受到新的挑战，而且，现存的大量恶意借贷行为还处在持续状态，因此，弄清刑法关于贷款诈骗条款文义的内涵，有效利用刑罚手段打击贷款诈骗犯罪是我们应当抓好的一件大事。如前所述，当正义理念缺失时，犯罪就会泛滥成灾。“在法律现实化的过程中，每一个阶段均不可或缺。也就是说，无法律理念(法律原则)即无法律规范，无法律规范即无法律判决。”[①]罪犯对法律的盲点以及法官在法律正义内涵领悟与适行的迟钝的敏锐性，总是比任何法律人都敏感得多，当他们利用上述缺陷进行不法勾当而逍遥法外时，我们还在翻法律文本，还在为条文的含义争得面红耳赤。惟其如此，法院系统学术讨论会的年度征文活动对于法官而言无疑是做了一件授之以渔的长远好事。

孔子曰：“邦有道，则知；邦无道，则愚。”[②]当此中华民族伟大复兴的繁荣盛世，就社会科学管理进行建言是每个公民的责任，更是每个法律人的责任，这也是写作此文的初衷。

① [德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台北，学林文化专业有限公司，1999，第29页。

② 钱浩编著：《四书五经》，北京：京华出版社，2006，第75页。

一个案例引发的贷款诈骗罪司法疑难问题

吕　山*

贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。近几年来，贷款诈骗案件有所上升，犯罪分子骗取银行或其他金融机构贷款的花样不断翻新，表现为数额大，范围广，手段多样化，智能化等。但是由于刑法理论界与司法实务界对本罪的立法规定存在着不同的理解与认识，导致司法实践中对该罪名的适用出现许多分歧和意见。2009年，本院受理起诉了付某涉嫌贷款诈骗一案，围绕该案的罪与非罪、是否共同犯罪等问题引起了激烈争论。本文拟结合付某贷款诈骗一案引发的两个司法疑难问题进行讨论，以期对司法实践中此类问题的解决能有所裨益。

一、基本案情

被告人付清江、褚凤侠系夫妻，住围场满族蒙古族自治县黄土坎乡二下村7组，1992年二人来到围场镇拆借资金、租赁房屋开办了一个经营食品、日用品的批发兼零售的商店，到2004年初，由于负债经营、管理不善、肆意挥霍等原因，商店负债高达186万元，已经严重资不抵债。为了偿还债务，被告人付清江、褚凤侠只能用借新债还旧债的办法“拆东墙补西墙”。由于付清江以自己的名字在围场县信用联社借款30万元到期未能偿还，不能再以自己的名字到信用社借款，被告人付清江就借用他人名义到信用社借款方法用于偿还以前的外债本息。

2004年5月，被告人付清江、褚凤侠以进货为由，采取隐瞒实际借款人及借款用途的手段骗取樊志诚等15人担保，使用伪造户籍证明文件在朝阳湾信用社以褚凤侠的名字借款15万元，该借款期限为

* 河北省围场县人民检察院检察长。

2004年5月28日至2004年11月30日。此款借出后，付清江、褚凤侠将此款用于偿还以前的债务及利息。2005年5月付清江、褚凤侠潜逃后，朝阳湾信用社起诉了樊志诚等15名担保人，围场满族蒙古族自治县人民法院以(2005)围民初字第1235号民事判决书判决担保人承担连带责任并强制执行担保人承担民事责任，樊志诚等人向公安机关报案称被付清江诈骗。至付清江、褚凤侠归案时樊志诚等人已被法院强制执行11.068万元，尚欠3.932万元。

2004年6月，被告人付清江在未能偿还2004年5月份借款的情况下，又以收购为由，以付凯丽的名字在朝阳湾信用社为自己申请借款15万元，该笔借款办的是“月倒”(期限一个月)，于2005年2月21日转到褚凤侠名下，最后于2005年3月24日转到阮秀丽名下。2005年4月24日又以承包山林为由，以阮秀丽的名义重新做的借款手续，付清江用替担保人签字，偷用以前担保人身份证复印件的方法做的担保，通过把付凯丽在围场镇的工商营业执照伪造为阮秀丽在朝阳湾属地管辖范围的工商营业执照等方法骗取朝阳湾信用社借款15万元，该笔借款实际未用于收购，也未用于承包山林，而是用于偿还以前的外债，至案发该笔借款未偿还。

2005年2月，被告人付清江又以尹晓飞的名义，谎称用途为承包山林，采用自己代替担保人签字、偷用以前担保人身份证复印件的手段在朝阳湾信用社为自己申请借款25万元，期限为2005年2月1日至2005年11月30日，该借款借出后，付清江也不是用于承包山林，而是用于偿还以前的外债，至今该笔借款未偿还。

被告人付清江、褚凤侠借取上述贷款后，于2005年5月潜逃，2008年8月29日，二被告人在承德县高寺台镇被抓获归案。

一审法院经审理认为，被告人付清江以非法占有为目的，虚构事实，隐瞒真相，以付凯艳的名字办理“月倒”后转到阮秀丽名下骗取金融机构贷款15万元、以尹晓飞的名义骗取金融机构贷款25万元，合计人民币40万元，数额特别巨大，其行为已构成贷款诈骗罪。公诉机关指控的犯罪事实清楚、证据确实充分，罪名成立。应以贷款诈骗罪追究被告人付清江的刑事责任。而在2004年5月份所借的第一笔贷款中，被告人付清江虽改动了户籍所在地有欺骗行为，褚凤侠也在借据上签了名字，但二被告主观上没有以非法占有为目的。其一，被告付清江在借款开始就找了樊志成等15人担保，为确保该贷款合同正常履行提供了保证，且该笔贷款担保人已偿还11.068万元，尚欠3.932万元在执行中，不属于无法归还或拒不还款之列，所以不具有犯罪故意；

其二，该笔贷款中15名担保人，均系自愿担保，没有强迫之举，担保合同成立，且担保合同大部分履行完毕，其余正在履行中，属于典型的民事法律关系；其三，被告人褚凤侠虽“在借据上签了名”是为了借到贷款，用于商店的经营和缓解商店债务压力，没有证据证明二被告具有非法占有之目的；其四，被告人褚凤侠在该笔贷款办理过程中发现自己户口簿复印件住所地不符没有声明，而在贷款手续上签名，是在付清江指使下履行的朝阳湾信用社对该笔贷款的正常程序，不具有犯罪故意，亦不应认定为犯罪行为。故公诉机关指控被告人褚凤侠的罪名不成立。依照《中华人民共和国刑法》第193条第(1)、(3)、(4)项，《中华人民共和国刑事诉讼法》第162条第(2)项，参照最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第24条，最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第4条之规定，判决被告人付清江犯贷款诈骗罪，判处有期徒刑12年，剥夺政治权利3年，非法所得40万元依法予以追缴，并处罚金人民币40万元；判决被告人褚凤侠无罪。

二、围绕该案引发的司法疑难问题

在本案的诉讼过程中，对于付清江第二笔、第三笔诈骗贷款行为的定性控辩审三方意见相一致，但对公诉机关指控的第一笔诈骗15万元贷款的定性问题产生了重大分歧，并就以下两方面问题引起了人们的深刻思考。

(一)被告人是否有非法占有的目的

在庭审中，对于被告人伪造身份证明、隐瞒贷款用途的欺骗行为各方都无异议，但对于被告人是否具有非法占有贷款的主观故意认识不一。公诉机关认为，被告人明知没有归还能力而大量骗取资金的且在非法获取贷款后潜逃，主观上非法占有目的十分明显。而辩方认为，被告人在借款时向贷款方提供了担保，且担保是合法有效的，即使本人不能归还贷款，还有担保人来归还，不存在非法占有金融机构贷款的故意。由此引出的问题是，在贷款诈骗案中如何判定行为人非法占有的主观故意？具体到本案，就是担保合同的效力能否影响对行为人主观上非法占有目的的认定？

(二)两被告是否构成共同犯罪

庭审中，对于付清江伪造褚凤侠户口证明这一事实各方都无异议，但对褚凤侠使用伪造的户口证明并在贷款手续上签字这一行为的定性

存在争议。公诉方认为，褚凤侠与付清江系夫妻关系，共同经营一个小商店，在明知自己的户口证明系伪造还用之借款，并且明知自己商店已资不抵债还在贷款手续上签名，应认定与付清江一起共同实施了诈骗贷款的行为，且主观上与付清江一样具有非法占有的目的。辩方认为，被告人褚凤侠在该笔贷款办理过程中发现自己户口簿复印件住所地不符没有声明，而在贷款手续上签名，是在付清江指使下履行的朝阳湾信用社对该笔贷款的正常程序，不具有犯罪故意；虽“在借据上签了名”，是为了借到贷款用于商店的经营和缓解商店债务压力，不能证明具有非法占有之目的。由此产生的问题是，如何认定贷款诈骗罪中的共同犯罪？具体到本案，褚凤侠与付清江就骗取贷款的行为是否具有共同的犯意？信用社业务人员在该案中应承担什么责任？

三、非法占有目的的认定

根据《刑法》规定，只有“以非法占有为目的”的贷款诈骗行为才能构成贷款诈骗罪，主观上是否具有非法占有的目的是罪与非罪的界限。也就是说，认定行为人是否构成贷款诈骗罪，不仅要求考察行为人对于贷款诈骗行为是否具有故意，还要进一步考察行为人对于非法获得的贷款是否具有非法占有的目的。也正是因此，如何正确认定贷款诈骗罪的以非法占有为目的，也就成为了困扰司法实践的难题。

笔者认为，以非法占有为目的，是主观上的心理活动，是一种主观见之于客观的活动，主观目的对客观行为起支配作用。一般而言，认定以非法占有为目的应根据贷款诈骗罪的主客观要件来分析，既要审查行为人申请贷款时是否使用了刑法规定的诈骗手段，又要审查行为人取得贷款后是否按规定使用贷款，是否使用贷款进行违法犯罪活动，是否携款潜逃，到期后是否积极准备偿还贷款等因素。2001 年 2 月 2 日最高人民法院印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》，对非法占有为目的已提出明确意见：“在司法实践中，认定是否具有非法占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件具体情况具体分析。根据司法实践，对于行为人通过诈骗的方法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的：1. 明知没有归还能力而大量骗取资金的；2. 非法获取资金后逃跑的；3. 肆意挥霍骗取资金的；4. 使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；5. 抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃

避返还资金的；6. 隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；7. 其他占有资金，拒不返还的行为。”因此，认定行为人主观上是否具有非法占有贷款的目的应依据上述规定，既不能主观归罪，也不能客观归罪。

具体到本案，第一，被告人是在商店经营负债高达 186 万元、明知资不抵债、无力偿还的情况下向朝阳湾信用社骗取贷款的；第二，使用了虚假的证明文件等欺诈手段骗取了金融机构的贷款；第三，向担保人和金融机构隐瞒了贷款的真实用途；第四，贷款到期后二被告无力偿还共同潜逃。综上客观事实足以证明二被告人具有非法占有为目的的主观故意。至于提供保证人担保问题，围场满族蒙古族自治县人民法院(2005)围民初字第 1235 号民事判决书判决担保人承担连带责任并强制执行担保人承担民事责任，是在没有相应证据证明被告人付清江、褚凤侠使用欺诈手段骗取贷款担保的情况下作出的民事判决，以后的诉讼事实证明，付清江是在向担保人隐瞒了真实借款人为褚凤侠、谎称借款为经营商店所用、骗得担保人在空白担保书上签字后取得担保的，担保的效力有待商榷。即使担保有效，担保人有担保能力，并不能代表借款人有偿还能力，正如该贷款虽然判担保人承担连带责任，并已经强制执行了担保人 116 080 元，也并不能否定被告人在申请此笔贷款之初就具有非法占有该笔贷款的目的。同时，贷款诈骗罪的侵害的客体是金融机构对贷款的所有权和国家的借款管理制度，借款合同是主合同，担保合同是辅合同，担保合同是否有效不影响贷款诈骗罪的认定，因为担保人有无代替行为人偿还的能力，是金融机构考察的内容，行为人是否具有非法占有的目的，不应当以担保人是否具有代替行为人的偿还能力来认定，而应当以被告人是否归还，是否能够归还来认定。担保人代为偿还，并没有消灭被告人拒不偿还的客观事实。笔者认为，行为人在明知资不抵债、无力偿还的情况下使用了虚假的证明文件骗取了金融机构的贷款，贷款到期后无力偿还、拒不偿还并潜逃，在担保人被强制执行还款义务的情况下，也应认定被告人具有非法占有的目的。在贷款诈骗案件中被骗者与民事责任承担者并非一定要求一致。被骗损失方是谁不应该成为对行为人行为定性的决定因素，事实上，即使是被骗提供担保者承担了损失，也无法改变行为人骗取占有金融机构贷款的客观事实。对行为人而言，只要其主观上具有占有金融机构贷款的目的，客观上实施了欺骗金融机构的行为，均应该可以构成贷款诈骗罪。至于最终谁是实际损失的承担者并承担民事责任，则应该由民事判决加以确认。

四、共同犯罪的认定

共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。所谓“共同故意犯罪”，一是要求几个犯罪人必须有共同故意，即几个犯罪人对自己实施的危害行为都持故意的心理状态，并且犯罪人之间互相明知；二是几个犯罪人必须有共同的犯罪行为；三是共同犯罪具有共同的犯罪客体。在处理贷款诈骗案的司法实践中，共同犯罪大多表现两种情况：一是贷款使用人即非法占有人和提供虚假证明的人共同骗取贷款；二是贷款人和金融机构工作人员内外勾结共同骗取贷款。

对于第一种情况，如果能证实贷款人和提供虚假证明的人共同策划实施了诈骗贷款的行为，事后又共同非法占有了贷款，认定为共同犯罪毫无问题。但是司法实践中常常遇到这种情况：客观上提供虚假证明的人并不占有贷款，主观上对双方共同策划用虚假手段骗取贷款的故意是沟通的，但非法占有人对骗得贷款不归还的意图没有明确告诉提供虚假证明的人。作为贷款诈骗共同犯罪中的非法占有贷款的人主观上非法占有的目的容易识别。而并不占有贷款仅提供虚假证明的人由于在共同犯罪中的地位、作用和参与程度不尽相同，其主观对共同犯罪行为可能造成的危害结果的认识有所差异。明知帮助占有贷款的人提供虚假证明，意在骗取贷款，而对占有贷款的人非法骗取贷款并不归还的危害结果持放任态度。对共同实施以诈骗方法骗款行为将会造成何种程度的危害结果，虽然尚处于不确定的状态，但他们的共同故意内容对可能发生贷款不能归还的危害结果是明知的。在此情况下，从其所追求的非法占有贷款目的来看，只要可能出现不归还贷款的危害结果包含在共同故意范围内，就应按行为的结果共同定罪。如果要求共同犯罪的人对危害结果在程度上认识一致，势必是种苛求，也轻纵了对犯罪的打击。所以，非法占有贷款者和提供虚假证明者属共同犯罪。但在量刑上可对未实际占有贷款者按从犯予以处罚。

对于第二种情况，贷款人和金融机构工作人员内外勾结骗取贷款行为的情况比较复杂，对其定性也应因情况不同而异。如果金融机构工作人员以非法占有为目的，主要利用自己职务上的便利，但为了作案的需要，请求非金融机构工作人员参与作案，例如帮助提款，伪造某些单据等。事后，金融机构工作人员占有了其中大部贷款，非金融机构工作人员没有获得或仅获得少量酬劳。对于此类案件中的相关人员均应该以贪污罪或职务侵占罪的共犯论处。如果非金融机构工作人

员以非法占有为目的，请求金融机构工作人员帮助但没有明确告知占有的故意，且占有贷款的行为主要是由非金融机构工作人员采取欺骗的方法实施的，金融机构工作人员只是在不知情的情况下客观上实施了相关的配合和帮助行为，对于金融工作人员的行为可以按违法发放贷款罪定性处罚。如果金融机构工作人员明知借款人不具备偿还贷款能力，而为了其他目的，帮助借款人采取虚构事实、隐瞒真相的方法骗取贷款，比如为了让借款人偿还以前贷款，帮助借款人欺骗担保人，试图将之前借款人给金融机构造成的损失转嫁由担保人承担，这种情形对于金融机构工作人员应以贷款诈骗罪的共犯论处。

具体到本案，不属于上述两种情况。关于付清江在第一笔贷款诈骗案中的诈骗行为及主观故意上文已有论述。对于褚凤侠，审判机关认为，被告人褚凤侠在该笔贷款办理过程中发现自己户口簿复印件住所地不符没有声明，而在贷款手续上签名，是在付清江指使下履行的朝阳湾信用社对该笔贷款的正常程序，不具有犯罪故意，不应认定为犯罪行为。但证据证明，付清江和褚凤侠系夫妻关系，共同生活，共同经营，褚凤侠知晓自家贷款前的家庭外欠情况，在朝阳湾信用社贷款时自己明知不具有归还能力。二被告人共同经营批发部，销货款都是经过褚凤侠手支配的，褚凤侠有认知能力，知道其批发部的经营状况，知道贷款目的不是用于经营，而是用于还债，并且是由褚凤侠亲自付给的，无力偿还的结果在其行为开始褚凤侠就十分清楚。二人共同实施了诈骗行为，使用虚假的证明文件，即伪造的褚凤侠属于朝阳湾镇大局子村一组的户口本复印件到朝阳湾信用社一起申请的贷款，虽然是受付清江指使，但在明知使用了虚假的证明文件情况下仍配合付清江办理了贷款手续，而且借款人是被告人褚凤侠，借款借据、担保借款合同、借款申请书都是由褚凤侠签字办理的。二被告人潜逃前，应当有共同预谋，证据证明，二人经营的批发部的库存货物，是由被告人褚凤侠变卖，并携带变卖所得与付清江共同潜逃，两年后，二被告人是在一起时被抓获的。事实证明，被告人褚凤侠和付清江一样，主观上具有贷款诈骗的共同故意且具有非法占有的目的，客观上共同实施了使用虚假的证明文件，隐瞒贷款的真实用途，骗取金融机构的贷款的犯罪行为，二人属于共同犯罪。褚凤侠在共同犯罪中起次要、辅助作用，为从犯，应从轻处罚。

三角诈骗的定性问题探究

——以诉讼诈骗行为为视角

焦　阳*

传统诈骗罪中，被害人与受骗者是同一人，由于行为人的欺骗行为，被害人陷入错误认识而“自愿”将财物交付给行为人，从而导致财产损失。但随着时代的发展，特别在我国经济领域中，却出现了受骗者与被害人不是同一人的诈骗犯罪，涉及行为人、受骗者和被害人三方的关系，给司法认定带来困难。这种三角诈骗行为关系复杂，如何界定这种行为是实践中必须要解决的问题。

一、问题的引出：三角诈骗的行为构造

(一)概念和构造

我国《刑法》第 266 条规定：诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。根据本条规定可知，传统诈骗罪的基本构造是：行为人以非法占有为目的实施欺诈行为——对方产生错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人取得财产——被害人遭受财产上的损害。诈骗罪的典型模式只存在两方关系——行为人与被骗人，即上述构造中的“对方”就是被害人。但是如果受骗者与被害人发生了分离，这种行为还是诈骗罪吗?

三角诈骗，也叫三角间的诈骗，存在受骗人(财产处分人)与被害人不是同一人(或不具有同一性)的现象，但受骗人必须具有处分被害人财产的权限或地位，包括法律上的权限或地位和事实上的权限或地位。[①] 可见，三角诈骗虽然与我们传统认识的诈骗行为有很大不同，

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学博士研究生。

① 张志勇：《诈骗罪研究》，北京：中国检察出版社，2008，第 96 页。

但刑法分则采用简单罪状表述，并未限定被害人的范围，这种行为本质上并未超越诈骗罪的构成，完全应按诈骗罪定罪处理。

(二)域外考察

对于三角诈骗行为，不仅在中国早已有之，而且在国外也早已成为刑法打击的对象。

日本《刑法》第246条规定：欺骗他人，使其交付财物的，处10年以下有期徒刑。以前项方法，获得财产性不法利益，或使他人获得利益的，与前项同。日本的司法理论和实践一直将三角诈骗作为诈欺罪处罚。牧野英一教授认为：财物之交付，不必为“被欺罔者”，因欺罔甲而取乙之财物，亦骗取罪者。同时，明治三十五年十二月二日也有相关判决支持。① 日本刑法学界的主流认为，诈骗罪的对象不一定要求是财物的所有人或者占有人，只要是在事实上或者法律上对该财物具有处分权的人就够了；被害人也不必是受骗者，只要该人处于受被诈骗者的财产性处分行为所约束的地位或者状态。②

德国《刑法》第263条的诈骗条文规定：行为人以使自己或者第三者获得违法的财产利益的意图，通过给虚假的事实制造假象或者通过歪曲或者隐瞒真实的事实引起或者维持错误，从而损害他人的财产的，处五年以下的自由刑或者金钱刑。③ 该规定未将三角诈骗情形排除在外，德国帝国法院刑事判决51，341(343)也确认，制作虚假的以后用于欺诈目的的证明文书，构成欺诈未遂。

从以上的分析可以看出，外国刑法中的诈骗罪与我国刑法的规定相似，既然他们能将其解释为诈骗罪，那么我国将三角诈骗行为解释为诈骗罪也不应有什么障碍，理论研究者不能以传统的二者间的诈骗行为特征来否定三角诈骗，从而将其排斥在犯罪圈之外。

二、一个实例：关于诉讼诈骗行为定性的争议

诉讼诈骗在实践中屡次出现，其表现多是当事人在民事诉讼中，通过伪造证据或指使证人作伪证的方式，使法官陷入错误认识判对方败诉，从而导致对方当事人财产损失。与普通的三角诈骗一样，在诉

① [日]牧野英一：《日本刑法通义》，陈承泽译，北京：中国政法大学出版社，2003，第277页。

② 赵秉志主编：《外国刑法各论(大陆法系)》，北京：中国人民大学出版社，2006，第197页；另见黎宏：《日本刑法精义》(第2版)，北京：法律出版社，2008，第434页。

③ 《德国刑法典》，冯军译，北京：中国政法大学出版社，2005，第158页。

讼诈骗中，存在原告、法官和被告三方关系。原告是行为人，他采用虚构事实、隐瞒真相的方法向法院提起民事诉讼，致使法官作出不利于被告的错误判决；由于法院的判决具有拘束力和执行力，法院拥有对当事人财产的处分权，如果被告不履行，法院可以强制执行，因此最终会导致被告的权益受损。

在我国，关于诉讼诈骗如何处理，理论界和实务界也存在很多看法，往往出现不同的认定。主要有以下几种观点。

第一种观点认为，诉讼诈骗行为不成立犯罪，主要理由是诉讼诈骗的故意、行为与客体都不符合诈骗罪、合同诈骗罪的构成要件。[①]该观点认为刑法典并未规定诉讼诈骗这样特殊的犯罪形式，根据“法无明文规定不为罪”的原则，坚持人权保护理念，只能做无罪处理。

第二种观点认为，诉讼诈骗行为不构成诈骗罪，但如果其行为符合其他犯罪的构成要件，则应以相应犯罪论处。对于现实中诉讼诈骗是否构成诈骗罪的问题，最高人民检察院法律政策研究室 2002 年 10 月 24 日《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》(以下简称为《答复》)指出：“以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物所侵害的主要是人民法院正常的审判活动，可以由人民法院依照民事诉讼的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照刑法第二百八十条第二款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的，应当依照刑法第三百零七条第一款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。”一些实务部门的工作人员和部分学者就以此答复为依据，认为诉讼诈骗行为不宜定为诈骗罪，应按照其他犯罪论处。

第三种观点认为，诉讼诈骗行为成立敲诈勒索罪。理由主要有二：首先，敲诈勒索罪是采用威胁或要挟的手段，强迫他人交付财物。而威胁、要挟的方法是多种多样的。诉讼欺诈是借助法院判决的强制力迫使被告交付财物，而不是骗取被告的财物。其次，实施诈骗是利用被害人的弱点(如贪小便宜或缺乏警惕性)行骗，比较容易得逞。而法官负有审查案件事实辨别真伪的职责，且有专业技能，行为人搞诉讼欺诈得逞的可能性相对较小。因为，即使一审判决原告胜诉，被告也

---

① 潘晓甫、王克先：《伪造证据是否构成犯罪》，载《检察日报》，2002-10-10。

会提出上诉，争取改判；即使二审判决原告胜诉，被告还可以请求检察机关提起抗诉，仍有获改判的机会。由此可见，把诉讼欺诈看成是敲诈勒索的一种特殊方式，更为合适。①

第四种观点认为，诉讼欺诈行为是典型的三角诈骗，应成立诈骗罪。② 诉讼诈骗行为的行为手段、行为目的完全符合诈骗罪的犯罪构成。行为人作为原告采用了虚构事实、隐瞒真相的方法，欺骗了人民法院，导致法院作出不利于被告的判决，被告作为受害人遭到财产损失，从主客观相统一的角度看，行为人的行为构成诈骗罪。

第五种观点认为，对诉讼诈骗行为应当区别对待，具体分析。该观点认为，以非法获得对方财物为目的的诉讼诈骗符合诈骗罪的犯罪构成，是三角诈骗的典型形式，应以诈骗罪论处。但是既然诈骗罪属于侵害财产权的犯罪，如果行为人采用诉讼诈骗的方式，不是为了诈取对方当事人财物(甚至有可能与对方当事人相互合谋)，而只是为了实现(或掩盖)其他犯罪目的。对于这种非典型性诉讼诈骗，应当按照目的行为定罪处罚。③

第六种观点认为，对诉讼诈骗应当在立法中增设诉讼欺诈罪、诉讼诈骗罪等新的罪名，以彻底解决这一问题，避免刑法的遗漏。如有学者认为，诈骗罪构成要件所预定的内容不能涵括诉讼欺诈行为，将诉讼欺诈行为按诈骗罪论处将会给司法实务部门带来很多困扰；诉讼欺诈所侵害的法益具有双重性，且对司法的妨害要甚于对公私财产权的危害；普通三角诈骗行为的被害人不知道自己被骗，而诉讼诈骗中的被告方自始至终知道自己被骗的事实等。④

三、论证的展开：诉讼诈骗行为的性质界定

(一)对各观点的评析

综合以上观点可以看出，问题的争论焦点在于诉讼诈骗是否在刑

① 王作富：《恶意诉讼诈骗侵财更符合敲诈勒索罪特征》，载《检察日报》，2003-02-10。

② 张明楷：《论三角诈骗》，载《法学研究》，2004(2)。类似观点参见刘明祥：《论诈骗罪中的财产交付行为》，载《法学评论》，2001(2)；王雨田：《诉讼诈骗的刑法分析》，载《石油大学学报》(社会科学版)，2005(1)；柳忠卫、石磊：《诉讼欺诈行为研究——以刑法为视角的分析》，载《山东公安专科学校学报》，2003(5)。

③ 万毅：《诉讼诈骗还是合同诈骗之辨》，载《法学》，2007(12)。

④ 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)；俞利平、娄永强：《关于诉讼欺诈定性的障碍及立法完善》，载《政法学刊》，2004(5)；封志晔：《诉讼诈骗行为的定罪与量刑分析》，载《辽宁行政学院学报》，2007(11)。

法典中有明文规定，其能否被诈骗罪的构成所包含，它所侵犯的法益有无特殊性。但是学者们互相的批判却忽略了问题讨论的层面问题，致使各说各话，难以妥协。

实然的处理与应然的期待总是有差距，在讨论问题前，首先应将问题分为应然和实然两个层面。前者主要是指面对当下广泛出现的诉讼诈骗行为，司法机关在现阶段应如何处理的问题；后者主要指在未来如何更好地规制诉讼诈骗行为，甚至如何进行立法完善的问题。因而，我们不能用将来应单独设置诉讼诈骗罪的理由来规避现实状况下对该行为的处罚，面对现在越来越多的相关案例急需的是如何解决现实问题，而不是一味只待未来的立法或司法解释。

认为诉讼诈骗行为无罪的观点，没有运用正确的解释方法。诉讼诈骗行为欺骗了法院，干扰了正常的民事诉讼活动，而且极大损害了对方当事人的财产权，社会危害性较严重。对于此种侵犯双重法益的行为，完全有必要将其纳入刑法范围规制。如果通过合理的解释完全可以将其与具体的犯罪罪状相对应，又何来的法无明文规定不构成犯罪呢？刑法的谦抑性与最后性更强调人权保障，但并不能因此将符合犯罪构成的行为只由于没有细化规定就将其做无罪化处理，故意漏出犯罪圈。解释者“面对具体的个案，永远也不可能放弃个人所感觉到的正义的活生生的声音”①。根据“举轻以明重”的解释原理，如果将法益侵害性远胜于普通诈骗罪的诉讼诈骗行为以无罪论，就违背了法的正义理念，忽视了刑法的保护机能。

对于第二种观点，笔者认为，最高检察院的答复不仅没有涵盖所有的诉讼诈骗行为，而且忽视了诉讼诈骗的本质。首先，它仍然将诈骗罪理解为典型的二者诈骗模式，对被害人与受骗人不是同一人的诈骗行为排除在诈骗罪范围之外，这种做法无疑会导致一部分犯罪行为遗漏在犯罪圈之外。其次，它忽视了三角诈骗侵犯的最主要法益是被害人的财产权，而本末倒置将社会法益与国家法益突出出来，忽视了犯罪实质上是对被害人造成的损失。最后，笔者认为，行为人伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章实施诉讼诈骗，与采取同样手段实施普通诈骗无异，是属于牵连犯的问题，应当从一重罪定罪处罚。当行为人以指使他人作伪证方法实施诉讼诈骗的行为，也属于牵连犯，应从一重罪处罚。而且如果按此罪名处理，民事诉讼当事人自行伪造、毁灭证据等妨害诉讼活动的行为并不以犯罪论处，将会使部分具有严

---

① ［德]H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，北京：华夏出版社，2003，第186页。

重危害性的行为得不到刑事制裁。同时，该答复并非正规的司法解释，实践中如果以此为依据处理将会造成对罪刑法定原则的逾越。不正确的限缩解释是司法权对立法权的侵犯，不应具有广泛适用的效力。

对于第三种观点，它对敲诈勒索罪的构造有所误解。因为敲诈勒索罪的基本构造是：行为人实施恐吓行为——对方产生恐惧心理——对方基于恐惧心理处分财产——行为人或第三人取得财产——被害人遭受财产损失。与诈骗罪一样，敲诈勒索罪也不要求"受恐吓的人与被害人具有同一性"，但受恐吓的人必须是处分财产的人。在诉讼诈骗的场合，法院是财产处分人，但法院只是受骗，而没有受恐吓；被害人交付财产虽然是被迫的，但也不是因为恐惧心理而交付财产。在此种情形下，行为人所实施的行为只是欺骗，而根本不是恐吓；法院基于错误判决强制被害人交付财物的行为，更不是所谓的恐吓行为。可见，诉讼诈骗不符合敲诈勒索罪的基本构造，将其认定为敲诈勒索罪实在过于牵强。

第六种观点是刑法论著中常常出现的立法论调，其特点是一出现疑难问题，就主张通过完善立法解决。其建议的法条滴水不漏，包含了当前出现的新情况。但让笔者质疑的是，立法修改的成本有多大，可以通过刑法解释规制的行为有没有必要重新立法？法律不是嘲笑的对象。既然信仰法律，就不要随意批判法律，不要随意主张修改法律，而应当对法律进行合理的解释。[①] 刑法的频繁修改不仅使民众降低了对行为后果的预测可能性，还有可能丧失法治的权威。法律的精细化程度并非越细越好，频繁的修法并不能解决所有问题，反而造成立法上对罪刑法定主义的侵犯。况且，修法并非一朝一夕就能完成，刑法的修正要经过严格的程序和广泛征求意见，这与现实中新型案例的大量出现形成鲜明对比。正如上文所述，立法论者并未注意实然与应然层面的分野，就算未来的立法应该就此完善，但实践部门更关心的是如何尽快解决现有的大量诉讼诈骗案例。刑法学者要做的是在现有刑法不变的情况下，更好的解释刑法条文；立法的建议并不能从根本上解决现实问题。这种论点只强调应另行确定"诉讼诈骗罪"，但却未说明已出现的诉讼诈骗案例如何处理，如果其认为现实情况下法无明文规定不为罪，那就陷入了第一种观点的论调；如果认为现在构成诈骗罪，那就成了第四种观点，而这种观点正是其反对的。所以该观点本身就是模糊的。

---

① 张明楷：《刑法格言的展开》，北京：法律出版社，2005，第3页。

对于该论者认为将典型的诉讼欺诈行为定性为诈骗罪将会对司法实务部门带来很多困扰的观点也是不能成立的。民事诉讼采用自由心证主义，诉讼中对于证据的评价也是基于裁判所的自由心证，因而也有可能存在对于裁判所的诈骗行为。[①] 在现实生活中，法官具有双重身份一是作为普通公民的自然人，二是履行审判职责的司法人员。由于法官也是人，而非“超人”，所以法官也可能与普通人一样成为诈骗案件的受害人。当事人刻意消极的隐瞒真相的行为虽然也可能导致法官无法得到事实真相，但若其未实施伪造证据的行为，其隐瞒行为就不会给司法秩序造成严重破坏，无法以妨害司法罪论处。因为按照期待可能性的要求，不能期待当事人主动作出对自己不利的供述。但如果行为人为了达成非法占有财物的目的，积极伪造证据，或者为了隐瞒事实真相而伪造证据的，隐瞒真相的行为就不仅仅是妨害民事诉讼活动的行为，而是犯罪了，因为它已反映出严重侵害财产权的性质。

此外，诈骗罪并不要求被骗人对虚假事实全然不知情。受骗者对行为人所称的事项有所怀疑仍然处分财产的，并不影响诈骗罪的成立。在诉讼诈骗中，被骗的是法院，法官就算知道被骗，但由于法律和证据的约束，在符合法律真实的情况下，仍然要作出符合被骗的判决，这仍然属于被欺骗而处分财产的行为。

上述第四种观点将诉讼诈骗行为一律认定为诈骗罪忽视了实践中的复杂情况，没有注意诈骗罪保护的法益。诈骗罪的主要法益是个人法益——公私财产权，但是有相当多的诉讼诈骗行为不是为了简单获得对方当事人的财物，而是有其他目的。有学者根据犯罪目的将诉讼诈骗分为典型诉讼诈骗和非典型诉讼诈骗两种情况[②]，前者指侵财型的诉讼诈骗，应以诈骗罪规制，后者的诉讼欺诈行为是为了实现其他犯罪目的，应以其他罪论处。因此，笔者认为第五种观点分析全面，更具合理性。

(二)关于典型诉讼诈骗构成诈骗罪论证的展开

1. 罪刑法定与避免不应有的漏洞

很多论者以立法时并没有考虑到诉讼诈骗为由，将此行为排除在诈骗罪之外，这种观点对所谓立法原意静止的看待，不符合刑法解释的要求。

---

① [日]西田典之：《日本刑法各论》(第3版)，刘明祥、王昭武译，北京：中国人民大学出版社，2007，第156页。

② 万毅：《诉讼诈骗还是合同诈骗之辨》，载《法学》，2007(12)。

立法原意的确是存在的，但这并不意味着立法者当时的预想情况就能包含刑法适用过程中所遇到的所有问题，一味探究立法原意、坚持立法时的用语解释是不妥的。因为刑法条文是开放的，但刑法本身要保持稳定。刑法分则所描述的犯罪类型虽然有一个明显的核心，但没有固定的界线。所谓立法原意也是不断发展的，一些原先预想不到的情况经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中，解释者应当适应社会发展，结合现实语境，作出符合同时代一般社会观念和刑法精神的解释。因此我们必须正视刑法文本的开放性，不能将“熟悉与必须”相混淆。①

就典型诉讼诈骗而言，完全可以将其解释进《刑法》第266条之中，该条规定并未要求被害人与受骗者必须是同一人，更未要求受骗者不能是国家机关，这种解释方法并没有逾越刑法条文本身的含义，其产生正是为了适应当前的刑事司法需要。该法条设立的目的正是为了保护财产权不受侵害，典型诉讼诈骗行为恰恰通过复杂的手段侵犯了对方当事人的财产权，这种解释方法也符合诈骗罪规定的目的。同样，国民的预测可能性也是不断发展的，不同时代的民众对法律条文的理解总是与一定的社会现实相适应，不能僵化地看待预测可能性。相反，如果仅仅因为刑法条文没有明确列举诉讼诈骗的情况，就凭直觉认为法无明文规定不为罪，赶“出罪”的时髦，致使出现不应有的漏洞，这便不是罪刑法定的胜利，而是损害了刑法的法益保护机能。

2. 法益侵害特殊性的论证

诉讼诈骗的确侵犯的是双重法益，它不仅使公民的财产权丧失，而且损害了正常的司法秩序。因此不少学者主张诉讼诈骗是妨害司法的犯罪，而不能以诈骗罪论处。这种观点站在传统强调公法益的立场上，未看清诉讼诈骗的本质。

诚然，诉讼诈骗侵犯了双重法益，但是有什么理由认为侵犯了双重法益就不能按诈骗罪论处？有什么理由认为社会法益就比个人法益重要呢？

其实，侵犯双重法益的犯罪同样可以只规定一罪，按一罪处罚。判断何者为主要法益，标准就是看该罪的行为本质对哪种法益最直接、侵犯最严重，行为的目的性对判断起到关键作用。诈骗罪侵犯的法益

① 最高人民法院刑一庭、刑二庭编：《刑事审判参考》(第3辑)，北京：法律出版社，2004，第140～142页。

不限于财产权，也可以有其他法益。[1] 就诉讼诈骗来说，行为人伪造证据或指示证人作伪证的目的就是为了欺骗法院，使法院判对方败诉，从而获得败诉方的财产性利益，在行为中始终具有侵财性。因此，典型诉讼诈骗只是诈骗罪的一种特殊表现形式，对法院的侵犯只是作为其手段行为，对个人法益的破坏才是主要的，将典型诉讼诈骗定为诈骗罪反映了法益受损的本质。

在当今社会，市场经济的推动使传统文化包括法律文化在内不断受到挑战，个人本位的价值观伴随着社会本位传统价值观受到的质疑而受到肯定，中国进入一个“走向权利的时代”。从 2004 年尊重人权入宪开始，社会法益与个人法益同等重要、需要同等保护的观点得到越来越多人的赞同，对刑法的解释也不能背离这一趋势。

3. 犯罪构成符合性的具体分析

类型思维在很多时候表现为一种法律解释。[2] 类型思维并非任意地进行归类，而必须遵循其规则：一方面，在形式上，只有找到相同点或相似点的类型，才能进行归类思维，且进行归类的类型本身，必须是以刑法条文的概念为基础，并处在概念所允许的“文义射程”之内；另一方面，在实质上，类型思维必须以事物的本质为基点，要符合刑法的正义性要求。因此，类型思维是不同于类推解释的。

犯罪构成理论的兴起就是类型化思考方式的体现，它与概念思维相对，并非运用封闭的概念硬套犯罪，而是将犯罪行为的各要素作为一个类型综合看待，并允许开放性的解释。

对于典型诉讼诈骗，其犯罪构成符合诈骗罪的构成。客观方面，行为人采用了欺诈手段骗取法院，使法院产生错误认识并作出处分被害人财产的错误判决，从而使法院依据该错误判决将被害人的财产转移到诈骗人或第三人手中最终骗得了数额较大的财物，不仅侵犯了公私财物所有权，同时也侵犯了司法机关正常的审判活动。主观方面，诉讼诈骗行为人具有直接故意，并具有非法占有他人财物的目的。

有少数论者认为，诉讼诈骗中没有诈骗罪交付财产的要件，这种观点没有正确理解交付财产的含义。在诉讼诈骗中，是法院基于错误的认识处分财产，造成的结果是造成败诉人即被害人的财产损失。法官行使财产处分的权力，是财产处分的执行人；被害人虽然明知对方在欺骗，但不得不按照法院的判决转移财产占有，因此仍属于交付财产。

---

① 赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，北京：中国法制出版社，1998，第 239～243 页。
② 陈金钊主编：《法律方法论》，北京：中国政法大学出版社，2007，第 279 页。

此外，近年来，司法实践中对典型诉讼诈骗行为按诈骗罪处理的判例已有不少，这从一个侧面反映了司法机关对诉讼诈骗行为“按诈骗罪处理”所持的一种肯定态度。① 这些判例都表明将诉讼诈骗解释为诈骗罪并不是将外国的理论机械地照搬拿来，它符合中国人的思维方式，对中国人来说并不存在理解上的障碍，是可行的。

综上所述，实然层面的诉讼诈骗应区别对待，对于大量出现的侵财型的诉讼诈骗行为，完全符合三角诈骗的特征，应以诈骗罪论处；对于其他目的的诉讼诈骗行为，由于其已偏离了普通诈骗罪侵犯财产权的本质，应以目的行为的性质定罪处刑。在应然层面上，笔者也不赞同修法另立新罪，这种做法既无必要，又不经济。对于该问题的司法实践，完全可以通过司法解释方式明确，由司法机关将各种情况予以准确把握说明，以确保各地实践的统一。

① 《云阳法院首例诉讼诈骗案审理纪实》，http：//www. sxcm. net，2011-03-20；另见雨烟：《家电企业应警惕“诉讼诈骗”》，载《大众科技报》，2004-04-18。

诉讼诈骗问题新论

赵秉志[*]　张伟珂[**]

一、前　言

我国《民事诉讼法》第102条第1款第1项和第2项规定，诉讼参与人或者其他人伪造、毁灭重要证据，妨碍法院审理案件的，或者以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的，法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。从内容来看，该条款主要针对的是民事诉讼过程中出现的以伪造证据为主要方式的妨害司法行为。然而，从其法律后果来看，虽然该条款明确了构成犯罪并追究刑事责任的类型，但是由于司法实践中该类违法行为的多样化，导致借助刑事司法惩治和防范上述行为的立法初衷未能充分实现，从而造成以伪造证据非法占有他人财产的诉讼诈骗为主要表现形式的虚假诉讼行为愈加猖獗。① 针对此问题，最高人民检察院法律政策研究室于2002年10月24日专门作出了《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》(以下简称《答复》)，在一定程度上对惩治此类违法犯罪行为明晰了法律适用的界限，但并未从根本上解决相关问题，同时也还引致了理论界的进一步纷争。是通过对刑法典分则相关条款的合理解释来及时应对当下复杂的诉讼诈骗犯罪，还是单纯希冀立法完善而静

* 赵秉志，北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、法学博士、博士生导师，中国刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

** 张伟珂，北京师范大学刑事法律科学研究院学术秘书、博士研究生。

① 例如，浙江省高级人民法院曾组成专门课题组，对全省法院的虚假诉讼案例进行了调研，结果显示，虚假诉讼情况已非个别现象，甚至可以说有一定程度的蔓延。在浙江省东阳市法院，近90%的办案法官表示曾接触过此类案件，80%的法官认为此类案件逐年递增。浙江省玉环县法院提供的数据是，从2007年至今，已发现42起虚假诉讼案件。浙江省永康市法院2007年发现16起，最近又发现3起因离婚而产生的虚假诉讼案件。截至2008年5月，浙江省法院审理确认属于"虚假诉讼"的案件达107起，有虚假诉讼嫌疑的案件也不在少数。参见袁定波：《违法成本低 虚假诉讼渐"蔓延"》，载《法制日报》，2008-10-14。

待日后法网之严密？遂成为理论界与实务界的相关主要争议之所在。本文拟立足于此，探寻诉讼诈骗刑法惩治的规范路径，以期服务于司法实践。

二、诉讼诈骗的基本界定

诉讼诈骗，也有学者将其称为诉讼欺诈或虚假诉讼，对于其内涵法学界尚未达成共识。因此，在确立诉讼诈骗的刑法规制途径之前，有必要对诉讼诈骗予以界定，从而为针对性的司法惩治和立法完善奠定理论基础。

(一)诉讼诈骗的内涵明晰

1. 称谓问题：诉讼诈骗抑或诉讼欺诈

对于通过提起民事诉讼，利用法院非法占有他人财物或者财产性利益的行为，究竟是称之为诉讼诈骗还是诉讼欺诈，法学界尚未达成共识。如有学者认为，对于通过伪造证据骗取法院民事制裁占有他人财物的行为，不宜称之为诉讼诈骗，而应称为诉讼欺诈；[①] 也有观点把二者视为相同含义。[②] 可以说，从“诉讼诈骗”和“诉讼欺诈”的使用情况来看，民事诉讼法学界和刑法学界的学者们都存在分歧。[③]

笔者认为，诉讼诈骗和诉讼欺诈两词的根本区别，在于对诈骗和欺诈的不同理解上。“诈骗”一词，按照刑法学界的通行解释，应当是指以非法占有为目的，虚构事实，隐瞒真相，骗取他人财产或者财产性利益的行为。在规范意义上，意图占有他人非财产性利益或者不具有非法占有他人财物目的的行为均应排除在诈骗行为之外。而对于“欺诈”来讲，规范意义上的阐释多存在于民事法律规范中，如根据 1988 年 1 月 26 日最高人民法院发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》的规定，“欺诈行为”是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意

① 刘远、景年红：《诉讼欺诈罪立法构想》，载《云南大学学报》(法学版)，2004(2)。

② 如有学者主张诉讼欺诈(又称诉讼诈骗或诉讼诈欺)，是指行为人为非法获取他人财产或财产性利益，虚构事实或者隐瞒真相，伪造证据并向法院提起民事诉讼，诱使法院作出有利于自己的判决，从而获取财产或财产性利益的行为。参见柳忠卫、石磊：《诉讼欺诈行为研究——以刑法为视角的分析》，载《山东公安专科学校学报》，2003(5)。

③ 如有民法学者认为，诉讼欺诈是恶意诉讼的一种，主要表现为原被告之间合谋诉讼，骗取法院的生效判决，以达到诈害案外人财产权利的目的。参见于海生：《诉讼欺诈的侵权责任》，载《中国法学》，2008(5)。

思表示的行为。就此而言，规范概念下的“诈骗”和“欺诈”并不具有同一性，前者的外延要小于后者。例如，从欺诈的层面理解诉讼诈骗，它就包括了冒名诉讼、无因诉讼或者当事人使用不正当的手段制造能够适用有利于自己的诉讼法规等多种情形。[①] 在为“通过提起民事诉讼，利用法院非法占有他人财物或者财产性利益”的行为抽象出一个概念时，必须保证被定义项与定义项的外延相同。从法学界关于两个概念的使用情况来看，对于定义项的理解相对一致，在核心要素如非法占有目的、提起民事诉讼、虚构事实和获取他人财产(或财产性利益)上为相对较多学者的共识。因此，从构成要素来看，“诉讼欺诈”的外延相对较宽，能够将多种不同方式的虚假诉讼包括在内，[②] 而“诉讼诈骗”较诉讼欺诈更符合定义项的基本要素，外延适当。从所研究的行为类型来看，诉讼诈骗的表述较诉讼欺诈更符合该违法行为的内在结构。

需要明确的是，有学者认为，一方面称之为“诉讼诈骗”，另一方面又认为该行为不能成立诈骗罪，这种观点是自相矛盾的，存在刑法语言的误区。[③] 笔者认为，该一评价意见不够客观。即使诉讼诈骗行为不符合诈骗罪的构成要件，也不影响适用该名称。作为一个名称所指代的是一类违法行为模式，而不是严格按照诈骗罪的构成要件抽象出的“罪名”。从研究的角度看，由于诉讼诈骗并非规范刑法学上的范畴，目前的研究更多的是从其严重的社会危害性出发探讨其刑法的规范治理，因此，将现在的“诉讼诈骗”定位为犯罪学的范畴更为合适，而不需要从诈骗罪的构成来判断其称谓是否妥当。更何况我们使用诉讼诈骗一词，主要是因为该类行为中具有与诈骗行为相似的欺骗行为存在，从而基于该形式上的相似性而借用一个形象化的范畴，这在逻辑上并无不妥之处。从构成要件来看，诉讼诈骗与诈骗罪绝非完全相同的行为模式，下文将对此问题予以详细阐述。

2. 诉讼诈骗的内涵

对于诉讼诈骗的内涵，多年来学界可谓众说纷纭，其中分歧主要集中在以下几个方面。

第一，诉讼诈骗之犯罪目的的实现是否需要“通过法院的强制执行”？对此，有观点将法院的强制执行作为该犯罪类型的必备要素，认

---

① 陈桂明、李仕春：《诉讼欺诈及其法律规制》，载《法学研究》，1998(6)。

② 虚假诉讼通常是指行为人恶意串通，虚构法律关系、捏造案件事实，以诉讼当事人身份进行民事诉讼，以获取非法利益的行为。周翔：《虚假诉讼定义辨析》，载《河北法学》，2011(6)，它的外延较为宽泛，与我们通常讨论的利用民事诉讼骗取财物的行为不同。

③ 刘远、景年红：《诉讼欺诈罪立法构想》，载《云南大学学报》(法学版)，2004(2)。

为“诉讼诈骗是指行为人以非法占有他人财物为目的，以虚构的事实为依据，以提起民事诉讼为手段，并在民事诉讼中使用各种手段诱骗或买通法院的审判人员，使之违背事实和法律，作出错误裁判，再通过强制执行，占有对方当事人数额较大的财物的行为”。[①] 在持此观点者看来，从犯罪对象——公私财物的取得方式分析，被害人不可能“自愿地”将财物交给行为人，而是法院强制执行的结果。[②] 但是，也有观点认为，诉讼诈骗是诉讼参加人恶意串通，虚构民事法律关系或法律事实，通过符合程序的诉讼形式，使法院作出错误裁判，从而达到损害他人利益、谋取非法利益的违法行为。[③] 行为人只要利用法院的司法裁判权非法占有他人财产，就可以成立诉讼诈骗，而不论是基于受害人的自愿，还是法院的强制执行。

事实上，我们将诉讼诈骗作为一个犯罪类型来研究，主要是因为行为人利用民事诉讼程序规则，借助法院的司法裁判权，非法占有他人财产(或财产性利益)的行为具有严重的社会危害性。至于法院是否强制执行他人财物，并不在根本上影响行为的客观危害性及其程度。从司法实践来看，诉讼诈骗的大部分情形下可能都是受害人被迫交付财产，但是，也会存在受害人在民事诉讼过程中或者判决生效以后自愿交付财物的情形。例如，甲伪造一份丙的遗嘱，在丙去世后向丙的儿子乙提出分割遗产的要求，乙拒绝；甲遂向法院提起诉讼，乙没有证据推翻甲的诉讼请求，审理过程中经法院调解，双方实现和解，乙分割给甲部分财产。在类似的案件中，法院的审理过程可能会逐步打消民事诉讼的被告人(即诉讼诈骗的受害人)的疑虑，从而使后者确信对方所“虚构的事实”的真实性，进而主动交付财物。在这种情形下，不宜否认加害人的行为构成诉讼诈骗。

第二，隐瞒真相是否为诉讼诈骗犯罪的行为方式？多数学者认为，诉讼诈骗是行为人以非法占有为目的，虚构事实，隐瞒真相，通过提起虚假的民事诉讼来欺骗法院，使法院作出错误的判决，从而占有他人财物的行为。但是，也有观点主张，“诉讼欺诈是行为人捏造事实，通过提起民事诉讼的方式来骗取他人的财物，因而诉讼欺诈的行为方式只能是作为，表现为虚构事实＋提起诉讼。而基于民事诉讼的特点，

---

① 田升：《论诉讼诈骗及其性质认定——与董玉庭商榷》，载《新疆社会科学》，2006(4)。

② 丁吁平、杨翠莲、姚岚：《也析诉讼欺诈案件的定性》，载《人民检察》，2002(2)。

③ 陈桂明：《程序理念与程序规则》，北京：中国法制出版社，1999，第115页。

隐瞒真相十提起诉讼不能成为诉讼欺诈的行为方式。"①

在我们看来，民事诉讼以"谁主张谁举证"为原则，法院作出司法判决，只能以双方当事人提交的证据和认定的事实为依据，任何一方若没有足够的证据支持自己的观点，就要承担败诉的后果。一般情况下，提出诉讼请求的一方不会隐匿支持己方立场的证据。但是，不能据此认为"隐瞒真相"不应成为诉讼诈骗的行为方式，因为是否隐瞒真相是针对加害人的行为方式而言的。在民事诉讼过程中，加害人既可以通过伪造证据支持自己的请求，也可以隐瞒事实而陷对方于不利。如甲向乙偿还了所欠的钱款以后，忘记索回借条，后乙依借条向法院提起诉讼，要求甲履行偿还义务，乙的行为就是隐瞒真相，即乙隐瞒了甲已偿还了所欠其钱款的真相。所以说，以"作为"为理由将隐瞒真相排除在诉讼诈骗之外，是不符合客观实际的，也是对作为、不作为这一危害行为形式分类的误解。

第三，诉讼诈骗犯罪行为中是否需要明确的数额限制？以犯罪数额为标准对犯罪成立的范围予以一定限制，是我国刑法典分则中有关经济类、财产类、贪利类犯罪中罪状设置的主要模式之一。它对于合理划定犯罪圈、限制刑罚权行使具有重要的价值。在诉讼诈骗中，行为人往往以非法获取他人财物为目的，其犯罪行为直接或间接地侵犯他人的财产所有权。就此而言，在诉讼诈骗的犯罪概念中增加"数额限制"也未尝不可。当然，也有论者并不主张将数额作为诉讼诈骗概念的要素之一，认为行为人只要获得财物或者财产上的不法利益即可。②

如果说诉讼诈骗是一种单纯的侵犯财产犯罪，那么把数额作为犯罪成立的要素之一就是必要的。但是，在司法实践中，诉讼诈骗不但会侵犯受害人的财产所有权，而且也会扰乱正常的司法秩序，在这个意义上，单纯设立犯罪数额的限制并不符合司法实践的客观现实。笔者认为，对诉讼诈骗设定"情节限制"，要比单纯的以数额为标准更为合适。这样既包括严重扰乱司法秩序，也可以涵盖侵犯他人数额较大的财产利益。毕竟，诉讼诈骗是一类犯罪行为的总称，它以非法占有他人财产或获取他人财产性利益为目的而实施，其行为方式较为广泛，单纯的数额标准难以充分体现其社会危害性。

---

① 吴玉萍：《诉讼欺诈行为定性研究》，载《中国刑事法杂志》，2005(4)。

② 如学者认为诉讼欺诈，是指行为人以提起民事诉讼为手段，做虚假的陈述、提供虚假证据、或者串通证人提供伪造的证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财物或财产上不法利益的行为。参见刘明祥：《财产罪比较研究》，北京：中国政法大学出版社，2001，第251页。

第四，诉讼诈骗犯罪是否仅限于“提出虚假诉讼请求”？诉讼请求是当事人向法院提出，要求法院作出的特定判决的请求。虚假诉讼请求在一定程度上与伪造证据等行为相伴随，成为诉讼诈骗的行为方式。有学者认为，“诉讼欺诈是采用提起民事诉讼这种特殊的手段，向法院提出虚假的诉讼请求，通过法院的判决，依靠国家司法权来达到获取他人财物的不法目的”。[①] 据此，诉讼诈骗中就只有提起虚假诉讼请求一种行为方式，显然，这与多数学者并未把诉讼诈骗限制为虚假诉讼请求之方式的主张不相一致。

其实，诉讼诈骗的方法层出不穷，不但包括提出虚假诉讼请求，也包括其他通过伪造证据等方式，欺骗法院的情形。因此，显然不宜把提出虚假诉讼请求作为唯一的行为方式规定在诉讼诈骗的概念中。而应当使其方法涵盖虚假陈述、隐瞒真相、提出虚假证据或者串通证人提供伪造的证据等不同形式。

基于以上分析，笔者认为，诉讼诈骗包括以下五个特征：(1)以非法占有为目的；(2)行为人提起民事诉讼；(3)行为人在诉讼中虚构事实、隐瞒真相，其方式既包括伪造证据、隐匿证据，也包括提出虚假诉讼请求；(4)法院确认了行为人所提供的虚假证据或提出的诉讼请求，并据此作出错误的裁决；(5)行为人获取受害人的财产或财产性利益。笔者认为，这几个方面与司法实践中所发生的诉讼诈骗案件的主要特点相吻合，较为全面地概括了诉讼诈骗的基本特征。以此为基础，我们可以将诉讼诈骗界定为：行为人以非法占有为目的，通过提起民事诉讼，虚构事实、隐瞒真相，致使法院作出错误裁决，从而非法获取他人财物的行为。

这里需要补充说明的是，之所以表述为“致使法院作出错误裁决”而不是“判决”，是因为在诉讼过程中，法院会根据诉讼的需要作出各种类型的裁定、决定，而这些因受骗作出的错误裁决都可能扰乱正常司法秩序，或者给受害人带来损失。所以若仅仅将诉讼诈骗的后果限定为致使法院作出错误的判决，将导致一部分行为脱离刑法惩治的范围而不利于保护正当利益。

(二)诉讼诈骗与三角诈骗的关系

从诉讼诈骗的概念和特征可以发现，行为人、法院、被害人是诉讼诈骗不可或缺的三方主体，这与司法实践中三角诈骗的主体关系颇为类似。由此也引发了一个重要的理论问题，即诉讼诈骗是否具有和

---

① 吴玉萍：《诉讼欺诈行为定性研究》，载《中国刑事法杂志》，2005(4)。

三角诈骗共同的内在结构，并进而可以将诉讼诈骗认定为诈骗罪？这在国内外刑法学界产生了较大的分歧。一般认为，三角诈骗有两个突出特点：一是被害人与被骗人不是同一人；二是被骗者处于支配财物的地位，处分财物者与交付财物者是同一人。但是，诉讼诈骗却与三角诈骗有着截然不同的结构特征。其主要表现就是诉讼诈骗中的被骗者即法院并不是被骗财产或财产性利益的处分权人。具体阐释如下。

1. 法院可以成为诉讼诈骗中的被骗人

日本著名刑法学者牧野英一认为，在裁判所(即法院)必须受到当事人欺诈性诉讼行为的束缚而决定裁判上的意思的范围内，即使在法官个人的心理上没有产生错误，作为裁判所也是受到欺骗；即使裁判所没有受到欺骗，但是，在裁判所必须在法律上受到原告欺诈性诉讼行为的束缚而决定裁判上的意思的范围内，则与受到欺骗而陷入错误处于相同的价值关系。①笔者认为，从应然角度讲，受到欺骗意味着产生了错误的认识，即所认识到的情况与客观真实存在一定的差距。法官作为法院行使司法权的代表，在其裁判者的身份之外，首先是有意识的个体。而人的认识能力在特定环境下可能会受到外在条件的限制。那么，面对诉讼中提供虚假陈述和伪造证据，或者其中一方当事人做虚假自认，作为裁判者的法官又如何一定能透过当事人制造的“证据充分”的假象，超越质证程序本身而作出符合“客观真实”的裁决呢？所以说，法官被欺骗是客观存在，而法官被骗也就意味着法院被骗。在实然层面，除去有大量的因伪造证据而产生的“错案”被撤销之外，我国现行《刑法》第307条明确将妨害作证、帮助当事人伪造证据等行为作为犯罪行为来处理，其根本原因即其社会危害性之所在就是这些行为给司法审判造成误导，严重扰乱了司法秩序。② 试想，如果否定法院可以成为被欺骗的对象，就意味着法院像“机器”一样是不可能被骗的，其所作出的每一个结果都是符合法律真实的，那么又如何来纠正冤假错案，追究行为人的刑事责任并让法院承当错案的赔偿责任呢？其实，单从证据规则的角度看，证据是法官作出裁判的唯一依据，依照证据规则作出裁判也成为法官的法定义务。在“谁主张谁举证”的规则下，举证不能的一方当然要承担败诉的后果；对证据充分、完整的一方，

---

① [日]大塚仁：《刑法概说(各论)》(第3版)，冯军译，北京：中国人民大学出版社，2003，第245页。

② 当然，从理论分析来看，第307条的立法也存在不妥之处，其并没有将当事人自行伪造、毁灭证据这一具有严重社会危害性的行为作为犯罪行为来处理，实属立法漏洞。

即使法官坚信证据是伪造的，但在法律上如果没有证据支持其内心确信，法官仍应依法作出判决。在这个过程中，对于法官来说，作为裁判者的身份和作为一般人的身份是分离的。前者要求其必须依照法定的规则裁决，后者则可以基于良心公理作出道德上的评判。但是反映到裁决中，代表司法机关意志的只能是作为裁判者身份的意志表达。可以说，证据规则使法官时刻保持着裁判者的身份，也使诉讼诈骗的发生成为可能。

"从本质上讲，诉讼欺诈是行为人意图以合法形式，借助国家强制力非法占有被害人财产或财产性利益的行为。"[①]而行为人之所以能够借助国家强制力实现非法目的，就在于法院在民事诉讼过程中陷入错误认识的境地。由此可见，在诉讼诈骗模式下，作为受骗人的法院与被害人主体分离，在这一点上，诉讼诈骗与三角诈骗存在相同之处。

2. 法院不是被骗财产的处分权人或所有权人

有论者指出，在诉讼诈骗中，法院根据判决实施强制执行，被欺骗人是法院，处分权人也是法院；但是，败诉方被法院强制交付财物，所以，他是交付者。因此，诉讼诈骗属于"被欺骗者和财物的交付者不一致"的一种情形。[②] 从该表述来看，其包含着两层含义：一是法院对受害人财产享有处分权；二是强制执行情况下败诉方的行为仍可称为任意交付，不过交付主体与处分主体相分离。然而，我国也有学者从法院在民事诉讼程序中承担的角色出发，认为法院不是三角诈骗中所指的财产处分人，而是民事诉讼的裁判者；法院对争讼财产进行裁判的行为从法律上看属于财产确权行为而不是财产处分行为。[③] 笔者认为，对该争议进行解析，必须从处分权的权利来源和三角诈骗的逻辑结构加以综合分析。

首先，从处分权的权利来源看，处分权是对既有权利进行处分的权利，处分行为是指对既存权利设定负担、变更内容、转移或抛弃而直接对该权利发生作用的法律行为。[④] 这意味着，处分权以存在既有

---

① 柳忠卫、石磊：《诉讼欺诈行为研究——以刑法为视角的分析》，载《山东公安专科学校学报》，2003(5)。

② ［日］大谷实：《刑法各论》，黎宏译，北京：法律出版社，2003，第188页。

③ 此外，该论者还认为，(1)法院对争讼财产没有处分的权利，其没有占有当事人的财产也没有获得财产的处分权；(2)法院裁判所涉及的财产有时并不局限于"诉讼诈骗"所指向的被告方财产；(3)法院主要是根据案件事实、诉讼请求和相关法律规定对财产进行权利确认；(4)法院与"诉讼诈骗"各方当事人没有利害关系。参见黄龙：《"诉讼诈骗"批判》，载赵秉志主编：《刑法论丛》(第21卷)，北京：法律出版社，2010，第191页。

④ 田士永：《出卖人处分权问题研究》，载《政法论坛》，2003(6)。

权利为前提，与行为人的特定身份密切相关。当然，该身份是权利行使的载体。在三角诈骗中，虽然被骗人与被害人相分离，但是被骗人却基于身份的存在而享有对财物的处分权。然而，法院依法执行被执行人财产时所享有的执行权并非因身份而产生。以《民事诉讼法》第218条规定为例，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，法院有权向银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况，有权冻结、划拨被执行人的存款，但查询、冻结、划拨存款不得超出被执行人应当履行义务的范围。因此，在诉讼诈骗中，法院对涉案财物所享有的处分权并非基于身份所获得的，而是需要两个条件：一是生效判决的存在；二是败诉方拒不执行。如果缺少这两个条件中的任何一个，在没有败诉方授权的情况下，法院并不能基于身份而获得处分财物的权利。法院强制执行的行为实为执行权的内容，而并非诈骗犯罪中的处分行为。因而主张"财产处分人不是败诉方，而是受欺骗的法院或者法官"①的观点值得商榷。

其次，从诈骗罪的逻辑结构看，被骗人因陷入错误认识而处分财物，即处分权的存在时间要早于错误认识，或者伴随着错误认识而存在。但是，在诉讼诈骗中，法院虽然可以成为受骗方，但是强制执行所依据判决却是正确的、合法的。也就是说，法院的执行机关在强制执行之时并没有陷入错误认识，而是在完全符合法律规定的情况下依照司法文书执行的。在这种情况下，强制执行权力和诈骗罪中的处分权根本不同。

综上所述，由于法院执行拒绝履行支付义务一方当事人财产的权力不能称为处分权，因此，法院既不是被执行财产的所有权人，也不能称之为财产的保管人或占有人。故而对诉讼诈骗而言，其在内在结构上，虽然法院可以成为受骗者，能够在陷入错误认识的情况下作出错误的判决，但是诉讼诈骗与三角诈骗仍存在不同的逻辑，不能将二者等同视之。

三、惩治诉讼诈骗犯罪的司法抉择

从诉讼诈骗行为的社会危害性来看，它既侵犯公私财产权，也扰乱正常的司法秩序。在现行刑法规范的框架下，如何认定诉讼诈骗犯罪的行为性质，这就成为司法实务亟待解决的问题。

---

① 张明楷：《论三角诈骗》，载《法学研究》，2004(2)。

(一)争议观点述评

从理论界现有的研究成果来看，对如何依照刑法规范认定诉讼诈骗的行为性质，主要有以下六种观点。

一是诈骗罪说。“诉讼诈骗数额较大的行为成立诈骗罪。诉讼诈骗属于间接诈骗，其基本构造符合诈骗罪之基本构造，本质上也是通过虚构事实、隐瞒真相的方法非法占有他人的财产。因此，对诉讼诈骗应当以诈骗罪论处。”①

二是敲诈勒索罪说。主张恶意诉讼是要借助法院判决的强制力迫使被告交付财物，而不是骗取被告的财物。将恶意诉讼看成是敲诈勒索的一种特殊方式、方法更为恰当。②

三是抢劫罪说。认为当法院依据形式真实主义及行为人伪造的证据作出对被害人不利的判决或者裁定时，被害人的财产就处于一种危险的状态(被害人如果不履行判决或裁定内容，法院就会采取强制执行措施)。此即诉讼欺诈行为人以暴力(法院的强制执行措施)作为劫取财物的工具，构成抢劫罪间接正犯的情形。③

四是区别对待说。即认为对于当事人通过其他人向法院提供虚假证据的，应当依照《刑法》第 307 条规定认定为妨害作证罪；而对于当事人自行提供虚假证据的，由于刑法没有明文规定，应当依无罪处理。④

五是择重处罚说。主张运用牵连犯的理论来评价侵犯双重法益的诉讼欺诈更为合理。认为诉讼欺诈侵害他人合法权益、意图获取非法利益是其目的，而通过虚构事实、伪造证据或隐瞒真相的方式进行诉讼则是其手段，在手段行为与目的行为互相牵连均构成犯罪时，对个案所侵犯的法益、所造成的社会危害应当综合评价，且认定处罚较重的罪更符合主客观相一致的基本原则。因此，通过分析刑法对诉讼诈骗之目的行为和方法行为之评价，作出择一重处罚更为妥当。⑤

六是无罪说。认为诉讼欺诈与诈骗在主观方面虽然都是直接故意

---

① 于改之、周玉华：《诉讼诈骗行为的定性及相关问题探究——从诈骗罪之行为结构的考察出发》，载《法商研究》，2005(4)。

② 《恶意诉讼侵财更符合敲诈勒索罪特征》，载《检察日报》，2003-02-10。

③ 关于该观点的表述参见刘德法、潘晓燕：《对诉讼欺诈行为的刑事法定化考量》，载《河南公安高等专科学校学报》，2007(6)。

④ 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(6)。

⑤ 栗明、陈吉利、吴萍：《论诉讼欺诈的法律定性及其刑法规制》，载《理论月刊》，2011(4)。

并且具有非法占有公私财物的目的，但是从认识因素来看，行为人预见到通过自己的欺骗方法不可能使财物所有人直接"自愿地"交出财物来，而必须借助法院的判决和强制执行才能获得财物；从意志因素来看，行为人是希望通过欺骗法院来达到使被害人交出财物这一危害结果的发生。在客观方面，诈骗和诉讼欺诈虽然都实施了以欺骗的手段来骗取公私财物的行为，但是诉讼诈骗中是法院依法强制被害人交出财物，无论从行为特征来看，还是从性质来看，后者与前者都有质的区别。因此，依罪刑法定原则，现行刑法不能规制该行为。① 也有学者认为，对刑法未规定为犯罪的诉讼欺诈行为，在刑法修改之前只能做无罪处理，其产生的不利后果只能由社会来承担。②

上述观点从不同角度对诉讼诈骗的行为性质予以详细阐释，成为目前我国刑法理论界的几种代表性主张。但是，从其立论依据和诉讼诈骗行为的特征来看，上述六种观点均难免失之偏颇。具体理由如下：(1)诉讼诈骗并非典型的三角诈骗，对此前文已作详述，因而，不宜按照三角诈骗将诉讼诈骗认定为诈骗罪。此外，诉讼诈骗与普通诈骗也有一定差异。除了前述的法院不具有财产所有权人和占有权人的身份外，被害人也不具有处分财产的认识和意志。例如，在被害人拒不履行判决，法院强制执行的场合，被害人并没有基于错误认识而自愿交付财物，所以不能追究行为人诈骗罪的刑事责任。有学者认为，"否认诉讼诈骗成立诈骗罪，意味着否认三角诈骗成立诈骗罪，这会导致诈骗罪的处罚范围过于窄小。如果否认诉讼诈骗成立诈骗罪，而承认其他三角诈骗成立诈骗罪，则明显不协调。"③然而，由于诉讼诈骗并不同于三角诈骗，因而否认诉讼诈骗的诈骗罪性质，并不影响三角诈骗的定性，更不会影响诈骗罪的成立范围。毕竟，诉讼诈骗和三角诈骗不论在行为结构还是法益侵害性方面都存在差异。(2)以敲诈勒索罪认定诉讼诈骗存在明显不妥。敲诈勒索罪是加害人以非法占有为目的，通过对被害人实施精神胁迫，迫使对方交出财物的犯罪行为。而在诉讼诈骗犯罪中，不管是被害人主动交付财物，还是被法院强制执行，这两种情况下财产转移都不是因被害人受到非法的精神胁迫而造成的，所以不能将加害人的行为概称为敲诈勒索。即使在被害人害怕被强制

① 丁吁平、杨翠莲、姚岚：《也析诉讼欺诈案件的定性》，载《人民检察》，2002(2)。

② 刘德法、潘晓燕：《对诉讼欺诈行为的刑事法定化考量》，载《河南公安高等专科学校学报》，2007(6)。

③ 张明楷：《论三角诈骗》，载《法学研究》，2004(2)。

执行而被迫交付财物的场合，由于以合法的裁判文书为依据，并且交付行为与以伪造证据等方式实施的诉讼诈骗行为是有先后不同顺序的两个行为，故不能将后一行为作为敲诈勒索罪的实行行为而追究加害人的刑事责任。(3)抢劫罪的观点无法解释若是被害人自愿交付财物时“暴力劫取财物”行为之所在。抢劫罪成立要求以实施非法暴力或者暴力相威胁作为手段行为，但是在诉讼诈骗中即使通过强制执行获取被害人财物，该执行措施也是合法的，因而明显不能作为抢劫罪的实行行为。(4)区别对待说的不妥之处，在于对当事人通过自己实施伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的方式来提供伪造、虚假证据时，并没有根据刑法典的规定予以处罚，缩小了刑法的处罚范围。(5)择重处罚说之所以不妥当，首先是因为伪造证据等进行诉讼的行为和侵害他人利益的欺诈行为具有同一性，两者是一个行为，不存在多个行为牵连的问题，因而不能按牵连犯择重罪处罚；其次是因为非法获取他人财物的行为实质上相当于侵犯财产犯罪中的接受或者获取对方财物的行为，由于其为犯罪行为的自然延伸，因此不具有可罚性；而牵连犯是实质的数罪、处断的一罪，该观点中所谓的“非法获取他人财物的目的行为”并没有触犯刑法明文规定的罪名，所以不能认定为一罪，故牵连犯之说亦难以成立。(6)无罪说的缺陷也十分明显。现行《刑法》第307条明确规定了妨害作证罪，在诉讼诈骗中，如果行为人存在采用暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的行为，应当依法认定为妨害作证罪，而不是无罪。

(二)行为定性分析

为解决司法实践中关于诉讼诈骗行为法律性质认定方面的困难，2002年10月24日最高人民检察院法律政策研究室所作的《答复》中对诉讼诈骗行为作了具体的定性。该《答复》指出：“以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是法院正常的审判活动，可以由法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照刑法第280条第2款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证的行为，构成犯罪的应当依照《刑法》第307条第1款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。”①

① 刘志伟等：《刑法规范总整理》，北京：法律出版社，2011，第481页。

从内容可以看出，最高人民检察院所作的答复意见具有以下两个特点：(1)明确诉讼诈骗犯罪所侵犯的主要客体是正常的司法秩序，而不是财产权等其他法益；(2)把诉讼诈骗的手段行为，即指使他人作伪证和以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的方式伪造证据的行为作为刑事惩治的行为类型，对非法占有他人财产的行为性质不予评价即不认定为诈骗罪。

结合上述两个特点，笔者认为，应当辩证地看待和评价《答复》的处理意见。

首先，将诉讼诈骗所侵犯的主要客体定位于正常的司法秩序是合理的。从犯罪构成理论来看，认识因素和意志因素是犯罪故意的两个基本要素，其具体内容决定着行为人的罪过，对定罪量刑具有重要意义。在诉讼诈骗中，行为人主观上表现为通过伪造证据等方式，虚构事实、隐瞒真相，以求法院陷入错误认识，达到获取他人财物的非法目的。就其故意内容而言，在认识因素上，行为人认识到两项基本内容：一是行为人认识到欺骗的对象不是财物占有人(或所有人)，而是享有裁判权的法院；二是行为人认识到自己的行为可能使法院陷入错误认识，并进而作出违背客观事实的裁决。在意志因素上，行为人明知自己伪造证据等虚构事实的行为会扰乱正常的司法秩序，仍然希望和追求此危害结果的发生。因此，在行为人向法院虚构事实、隐瞒真相以后，就危害行为所侵犯的客体而言，客观上已经对法院的正常司法秩序造成破坏。从这个角度讲，诉讼诈骗行为应当是妨害司法性质的犯罪。同时，从犯罪客体的角度看，诉讼诈骗犯罪行为首先侵害的是正常的司法秩序，将其定位于主要是侵犯正常司法秩序的犯罪是准确的。

其次，《答复》意见对诉讼诈骗行为的定性是在现行刑法规定下基于罪刑法定原则而作出的理性选择：(1)《答复》认为诉讼诈骗不构成诈骗罪的主张是正确的。一方面，从犯罪客体来看，诈骗罪是单一客体，而诉讼诈骗犯罪中必然同时侵犯的客体有两个，即正常的司法秩序和公私财产所有权，所以将诉讼诈骗认定为诈骗罪不能全面评价其法益侵害性；另一方面，从构成特征看，“被害人基于其认识（实际上被害人的认识是错误认识）自愿交付财产属于其自由处分财产的意志方面的因素。行为人处分财产的意志是自由的。如果行为人的意志是受到制约

的，那么也就不是诈骗罪。”[①]但是，在诉讼诈骗中，被害人并没有基于错误认识而自愿交付财物，而且在大多数情形下是被迫交付财物，因此，其不符合诈骗罪的被害人特征；即使从被骗方即法院的角度看，法院也不是自愿交付财物，相反，法院执行机构在执行判决时并无自由意志可言，其没有可执行或不执行的选择，而是必须依法执行生效的判决。所以，不管是被害人还是被骗人，都没有基于错误认识自愿交付的行为，那么，也就不能依照诈骗罪来认定。(2)《答复》主张把诉讼诈骗的手段行为作为惩治对象，这是有刑法根据的。虽然刑法没有明确规定诉讼诈骗的刑事责任，并且不能按照其他侵犯财产犯罪追究诉讼诈骗的刑事责任，但是对于犯罪中出现的以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的方式伪造证据的行为和指使他人作伪证的行为，还是符合刑法典分则伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪和妨害作证罪的犯罪构成的，因而追究该两罪的刑事责任有法律根据。(3)在现阶段，应当对其他诉讼诈骗行为作无罪处理。对于上述两种方式之外的诉讼诈骗行为，由于刑法并没有将其明确规定为犯罪，因此如果不符合刑法典分则其他罪名的犯罪构成，基于罪刑法定原则应认定为无罪。

由此可知，依照现行刑法典的规定，《答复》的意见符合罪刑法定原则的基本要求，具有一定的合理性；但是也应当看到，根据诉讼诈骗犯罪的行为特征和侵害法益，《答复》意见所作出的认定并不能全面评价诉讼诈骗的性质。第一，未能全面评价诉讼诈骗的法益侵害性。如前文所述，诉讼诈骗所侵犯的双重客体，但是依据《答复》的内容，仅仅将诉讼诈骗主要定位于妨害司法罪中，并不能充分评价该行为对财产法益的侵害性。例如，以妨害作证罪追究行为人的刑事责任，则仅仅是处罚其扰乱司法秩序的行为，而不能表现出其对财产法益的侵害；如果以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究行为人的刑事责任，由于该罪侵犯的是公司、企业、事业单位、人民团体的管理秩序，因此无法体现诉讼诈骗扰乱司法秩序和侵犯财产权的双重属性，进而造成犯罪惩治的针对性欠缺。第二，行为类型过于单一。《答复》仅仅将行为限定在伪造证据方面，其外延远远小于诉讼诈骗客观存在的情形，因此，必然造成司法实务中一部分诉讼诈骗行为得不到应有的惩治。

---

① 肖中华、黄伯青：《“被害人自愿交付”的表现与例外——兼对两组案例的评析》，载《人民检察》，2005(1)。

还应当看到，《答复》未能全面评价诉讼诈骗行为，使犯罪惩治未能达到理想状态，主要是受到现行法律规范的限制，是由现行立法缺陷造成的。而在对诉讼诈骗进行现行刑法框架下的司法评价时，必须严格遵循法律解释的基本规则，不能以其危害性需要处罚为由，以类推化的思维为引导，为处罚而评价诉讼诈骗。就此而言，《答复》意见所持的主张更符合现行刑法典的明文规定，虽然其不能全面、充分反映和评价诉讼诈骗的行为属性，但这无疑是罪刑法定原则之下最为现实的选择。

四、惩治诉讼诈骗犯罪的立法完善

上文对诉讼诈骗的界定和司法定性进行系统分析，亦是希冀能够在明确现行刑法规范司法适用情况的基础上，进而为诉讼诈骗犯罪的立法完善提出建言。

(一)相关主张述评

由于诉讼诈骗行为所侵犯的客体较为复杂，在现行法律规范中没有相应的具体罪名进行全面的规制与防范，因此，通过修改刑法分则的相关规定，补充、调整相应罪名，成为多数学者的共识。① 当然，基于对诉讼诈骗定性的不同认识，对于如何完善刑法典分则的规定存在不同的主张，具有代表性的观点主要有以下三类。

1. 增设诉讼欺诈罪

关于建议在刑法分则第六章第二节妨害司法罪中增设诉讼欺诈罪的观点，归纳学者们的表述，主要存在以下三种具体主张。

一是认为应增设诉讼欺诈罪，其见解为：该罪即行为人为了达到非法的目的，以提起民事诉讼为手段，提供虚假的陈述，提出伪造的证据，或串通证人提出伪造的证据，从而破坏法院正常司法活动，情节严重的行为。该罪属于行为犯，即犯罪行为人只要实施了向法院提供虚假的陈述、提出伪造的证据，或串通证人提出伪造的证据的行为，便构成诉讼欺诈罪的既遂，而无须考虑其是否利用法院达到了其非法目的。②

二是认为针对财产性诉讼诈骗应增设诉讼诈骗罪，其见解为：其

---

① 当然，对于认为诈骗罪完全能够胜任打击诉讼诈骗犯罪需要的学者而言，他们认为现行刑法完全没有必要予以相应地调整。

② 刘远、景年红：《诉讼欺诈罪立法构想》，载《云南大学学报法学版》，2004(2)。

犯罪客体是司法秩序和财产权或财产性利益，其法定刑的设置应围绕数额巨大和情节严重两个标准调整；而针对非财产性诉讼诈骗，应扩大现有伪证罪、辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据罪、帮助毁灭、伪造证据罪适用诉讼领域范围和犯罪主体范围，合并罪名为伪证罪和毁灭、伪造证据罪。①

三是认为应单独规定“虚假诉讼罪”，对虚假诉讼行为予以规制。其见解为：该罪是指行为人以获取非法利益为目的，采取虚构诉讼主体、捏造案件事实、伪造证据等方式提起民事诉讼，破坏法院正常审判秩序的行为。②

从上述观点来看，不管是虚假诉讼罪还是诉讼诈骗罪抑或诉讼欺诈罪，其共同的特点就是将诉讼诈骗犯罪作为妨害司法罪中的一个独立罪名，将所有虚假诉讼行为都囊括在内。

2. 增设故意妨害审判活动罪

有学者主张增设故意妨害审判活动罪，并置于刑法典分则第六章第二节妨害司法罪中。认为故意妨害审判活动罪是指民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼过程中行为人故意以各种虚假、欺诈等手段干扰或破坏法院的审判活动，情节严重的行为。③ 可以说，该观点所增设的罪状，已经超越了一般情况下所理解的诉讼诈骗的范畴，将刑事诉讼、行政诉讼也都包括在内了。但是由此也产生了一些问题，如该罪可能将刑事诉讼中被告人就自己的案件所做虚假陈述，毁灭、伪造证据的情形以犯罪论处，而这显然是不合法理的。因为对刑事被告人为自己免受刑事处罚而毁灭、伪造证据的行为是不应单独追究刑事责任的，我们不能把国家所应承担的证明责任强加到被告人身上让其自证其罪。④

3. 将诉讼诈骗纳入诈骗罪

有论者主张在《刑法》第266条诈骗罪中增设一款作为诉讼诈骗犯罪之规定。认为解决诉讼诈骗准确定罪的最根本、最有效的方法，是在《刑法》分则第266条中增加第2款，即明确规定以非法占有他人财产为目的，以虚构事实为依据，以提起民事诉讼为手段，利用法院的错误裁判，骗取对方当事人财物的行为。⑤ 在我们看来，这种观点未能准确认定诉讼诈骗所侵犯的主要法益和次要法益，将客体不同的犯

① 游涛：《诉讼欺诈之刑法规制》，载《法学杂志》，2011(1)。
② 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)。
③ 许光：《“诉讼欺诈”的刑法适用问题探讨》，载《福建法学》，2006(2)。
④ 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(6)。
⑤ 田升：《论诉讼诈骗及其性质认定——与董玉庭商榷》，载《新疆社会科学》，2006(4)。

罪行为归为一类，未能科学地认定诉讼诈骗的行为性质。

4. 增设毁灭、伪造证据罪

有论者建议在刑法典分则中增设毁灭、伪造证据罪，即将当事人自行毁灭、伪造证据的行为规定为犯罪。[①] 从内容上看，这种观点填补了刑法典分则妨害司法罪中的一个重要空白，但是从诉讼诈骗之立法完善的角度看，其存在着诸多缺陷。首先，此种主张只是规范了当事人自行伪造证据、毁灭证据的情形，而对于虚假证据以外的其他方式，例如利用真实证据提起虚假诉讼的情形，则未能包括在内，从而造成在立法保护上的片面性。同时，仅仅规定虚假证据行为，将诉讼诈骗对财产权益的侵害排除在外，亦未能充分反映该种犯罪行为之犯罪客体的双重性。

综合以上分析，笔者认为，对于诉讼诈骗而言，确立一个罪状详细、外延适当的诉讼诈骗罪(或诉讼欺诈罪)是必要的，也是合理的。将诉讼诈骗行为纳入诈骗罪中，或者创设一个新的罪名来处罚诉讼诈骗中的部分行为的观点，都难免有失偏颇。只有将诉讼诈骗犯罪作为妨害司法罪中的一个独立罪名，将诉讼诈骗行为囊括在内，才是现阶段对诉讼诈骗进行立法完善时较为妥当的选择。但是，在描述诉讼诈骗这一个新罪名的罪状时，要注意避免其构成要件过于笼统，以免造成司法实务操作的困难。

(二)立法完善建言

基于诉讼诈骗行为的复杂性，在其立法完善中需要注意以下三个问题：一是该罪在刑法分则中的位置和罪名的确定；二是其罪状内容的设计；三是其犯罪既遂标准的确定。

1. 该罪在刑法分则中的位置和罪名的确定

诉讼诈骗犯罪所侵犯的主要客体是正常的司法秩序还是公私财产所有权？这直接决定着诉讼诈骗犯罪在刑法分则体系中的位置。因此，惩治诉讼诈骗犯罪的立法完善所要解决的首要问题，就是要确定该种犯罪行为所侵犯的主要法益。

对刑事司法而言，判断某一犯罪的犯罪客体，根据刑法分则的规定加以推定即可。但是，在立法过程中，立法者需要判断应当将某一类犯罪行为置于刑法分则的哪一章节才是科学、合理的。对于诉讼诈骗这种侵犯多个客体的犯罪行为而言，“主要客体与次要客体在刑法分则体系中的位置设定，是多种因素合力作用的结果，如行为侵犯的特

① 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(6)。

点、价值取向、立法传统等，不完全取决于它们自身的价值。"[①]因此，对诉讼诈骗犯罪所侵犯的主次客体的甄别，需要从行为特点和价值取向等方面综合判断。

就行为特点而言，诉讼诈骗表现出与一般的欺骗行为不同的特征，即行为人欺骗的对象是法院，欺骗方式是伪造证据、隐匿证据、提出虚假诉讼请求等方式。这使诉讼诈骗与其他侵犯财产犯罪相比，行为的突出特点表现为通过欺骗法院的方式非法获取财产或财产性利益。而人们之所以把诉讼诈骗行为作为一个特殊类型看待，也主要是因为其行为方式的特殊性，进而造成诉讼诈骗犯罪行为独特的行为结构。由此可以说，"诉讼诈骗的社会危害性不在于欺骗行为本身，而在于此种欺骗破坏了司法活动，"[②]即诉讼诈骗行为的社会危害性主要表现在扰乱了正常的司法秩序。因此，诉讼诈骗的行为特点表明该类型行为以扰乱正常的司法秩序为主要特征，也决定了该类犯罪行为所侵犯的主要法益应当是司法秩序。

从价值取向来看，主要客体的选择体现了立法者惩治犯罪、保护法益的立法倾向。作为一种价值判断，我们不能简单地以财产所有权益对个人的价值在利益平衡方面可能重于司法秩序，而认为诉讼诈骗的主要客体就是财产权。"主要客体是相对于次要客体而言的，它不表明'重点予以保护'的客体一定要比'附带保护'的客体重要，也不意味着次要客体的价值就小于主要客体。"[③]那么，确定诉讼诈骗犯罪的主要客体，立法者应该树立一种什么样的价值取向呢？笔者认为，立法者应当建立在对诉讼诈骗犯罪社会危害性的正确认识的基础之上。从案件实际来看，诉讼诈骗案件之危害在造成公私财产损失的同时，更重要的在于扰乱司法秩序，浪费司法资源，损害司法权威。诉讼诈骗犯罪的频繁发生，不只是导致被害人遭受财产损失，而且使被害人和社会公众对司法程序的公正性产生怀疑，甚至引发频繁的上访、申诉。"如果司法活动缺乏权威性，妨害司法活动的犯罪行为就得不到及时、有效的惩处，人们就会对国家司法权的信赖程度有很大的减弱，以致增加社会各种潜在的不安因素。"[④]因此，从社会危害性上看，诉讼诈骗犯罪的主要危害性表现为扰乱正常的司法秩序；在价值判断的立场

① 薛瑞麟：《犯罪客体的分类》，载《政法论坛》，2007(2)。

② 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(6)。

③ 薛瑞麟：《犯罪客体的分类》，载《政法论坛》，2007(2)。

④ 赵秉志、孙力：《妨害司法活动罪研究》，载《法律科学》，1994(3)。

上，诉讼诈骗犯罪的主要法益应当是正常的司法秩序，而非公私财产权。

基于以上两点分析，笔者认为，诉讼诈骗犯罪应当属于妨害司法罪的一种。在立法完善时，应当将其纳入刑法典分则第六章第二节。只有这样，才能准确评价其犯罪性质。

此外，有学者们在提出立法完善建言时，关于本罪的罪名曾提出过诉讼欺诈罪和诉讼诈骗罪两种不同观点。笔者认为，确定罪名，既要高度概括罪状的主要内容，也要凸显该类犯罪行为所必然侵犯的法益，使其涵盖正常的司法秩序和公私财产权。对此，基于前文已经对诉讼诈骗和诉讼欺诈的关系所进行的详细阐述，诉讼诈骗较诉讼欺诈更能准确表达该类行为的特征，而其罪状的表述也能够充分体现犯罪行为的主要特征。因此，不管是基于将来罪状的具体内容，还是从司法实践中的案例来考察，将该罪名称之诉讼诈骗罪更为妥当。当然，这里需要补充说明的是，我们将其成为诉讼诈骗罪，并不意味着“诉讼欺诈”之称谓没有任何合理性。事实上，“诉讼欺诈”一词强调的是以提起诉讼的方式欺骗法院，但没有表明行为人欺骗法院意图非法占有他人财物的主观目的；而诉讼诈骗包括以诉讼方式欺骗法院和骗取他人财物两个要素，全面地兼顾了该类行为的具体表现方式和行为人的主观目的，这样就可以更加全面地概括司法实践中所出现的该类型的全部要素。因此，相比较而言，诉讼诈骗罪的称谓更为准确。

2. 罪状的设计

罪状是犯罪构成特征的抽象概括，其表述既要用语准确，也要体现某一犯罪的全部行为特征。据此，在增设诉讼诈骗罪的罪状时，应当注意以下两点。

第一，诉讼诈骗犯罪的罪状设置应当以前文所述的五个行为特征为基础，按照罪状设置的基本规则加以表述。但在罪状中不需要增加“数额较大”的情节限制。因为作为严重扰乱正常司法秩序的犯罪，数额仅仅是体现其社会危害性的一个方面，犯罪数额大小不能决定诉讼诈骗对司法秩序所造成侵害，亦不能全面体现犯罪行为的社会危害性。即使数额较小，如果严重扰乱司法秩序，也应当认定诉讼诈骗犯罪成立。所以不宜将“数额较大”规定在罪状中。

第二，不需要参照《刑法》第307条的规定将诉讼诈骗罪的实行行为和帮助行为分别表述并单独定罪量刑。从行为人的主体身份看，参与实施诉讼诈骗的行为人中，既可能是行为人自行实施伪造证据等行为，也可能是寻求他人帮助实施伪造证据；既可能是为了他人利益而

帮助实施诉讼诈骗，也可能是基于其他目的在当事人不知情的情况下制造虚假证据等。依照《刑法》第307的规定，立法者对当事人妨害作证的行为和帮助当事人毁灭、伪造证据的行为作为两个不同的罪名分别处理，从而在特定情形下对妨害作证犯罪中可能出现的实行行为和帮助行为不以共同犯罪处理。由于诉讼诈骗犯罪和第307条的规定会存在法条竞合，因此，在罪状设计上是否有必要按照实行行为与帮助行为分别定罪的模式进行立法也值得探讨。笔者认为，立法完善应当尽可能将这些行为有层次地予以规定。比如协调主犯与从犯，将帮助当事人毁灭、伪造证据实施诉讼诈骗的行为作为当事人诉讼诈骗的帮助行为，以此区分实行犯与帮助犯。而如果帮助行为没有特殊的社会危害性特征，就不需要单独按照新的罪名处理，只需依照刑法典总则的规定以共同犯罪论处即可。这样一来，在罪状表述上，即不用依照第307条的立法表述采取实行行为与帮助行为分离的方式对后者单独规定。这样既可以节约立法资源，也有利于实现相关法律条文之间以及诉讼诈骗罪罪状内部的协调。

3. 犯罪既遂的标准

按照我国刑法理论的通说，犯罪既遂是指行为人所故意实施的行为已经具备了某种犯罪构成全部要件的所有要素。确认犯罪是否既遂，应以行为人所实施的行为是否完全符合刑法典分则所规定的某一犯罪的全部构成要件之要素为标准。① 诉讼诈骗罪犯罪既遂与否的认定也必须坚持这一原则。如前所述，诉讼诈骗犯罪具有五个基本特征，在构成要件方面的特征是，该罪的犯罪主体为一般主体；犯罪主观方面只能是故意；其犯罪客观方面表现为，在民事诉讼过程中，虚构事实、隐瞒真相，从而骗取法院作出错误的裁决，进而获取他人财物或从中获取财产性利益；其侵犯的客体是正常的司法秩序和公私财产所有权。因此，在诉讼诈骗罪中，“获取他人财物或财产性利益”应当是该罪犯罪客观方面的主要内容之一及其犯罪完成的标志。诉讼诈骗罪犯罪既遂的成立应以行为人获取了他人的财产或财产性利益为标志，否则就是本罪的犯罪未遂。

这里需要解决的关键问题是，作为犯罪既遂的认定标准，应当如何理解“获取他人财物或财产性利益”？首先，获取他人财物应当是指获取他人财物的所有权或者占有、处分等权利。由于诉讼诈骗犯罪中财物所有权归属应结合法院的生效裁决来判定，因此是否“获取他人财

① 赵秉志：《犯罪未遂形态研究》(第2版)，北京：中国人民大学出版社，2008，第59页。

物或财产性利益”也必须借助裁决的内容来判断。这一点与其他侵犯财产犯罪中通过失控说、控制说等理论判断犯罪完成形态的标准有所不同。其次，在诉讼过程中，基于提起诉讼的不同，存在形成判决、确认判决和给付判决等不同类型，此外还有调解书等其他法律文书，因此，在判断是否获取他人财物或财产性利益时需要根据不同的裁决文书内容具体分析。①

以此为基础进一步分析，就犯罪完成形态而言，诉讼诈骗罪应当是结果犯，而非行为犯。有学者认为，“诉讼诈骗行为人在诉讼中向法院提供虚假证据即使没有造成法院错判的后果，其行为对司法活动的破坏或威胁都已实然发生，错误判决导致的结果只能作为从重处罚的情节而已。假如认为诉讼诈骗行为应该构成犯罪，那么该犯罪也是行为犯而非结果犯。”②依据该观点，获取他人财物应被视为基于错误判决而产生的不法结果，只能作为诉讼诈骗的从重情节，而非构成要件的结果。然而，从诉讼诈骗的构成特征可以看出，正常的司法秩序和公私财产所有权应当是诉讼诈骗犯罪必然侵犯的两个客体，将后者视为从重处罚的结果实际上是否认了在诉讼诈骗罪基本的犯罪构成中危害行为必然造成对公私财产权的侵犯这一事实，违背了诉讼诈骗的行为特征。所以我们主张，诉讼诈骗罪应当是结果犯。

五、结 语

将诉讼诈骗作为妨害司法罪的一种而予以单独规定，完善刑法立法，既符合妨害司法类犯罪的基本构成特征，也能够体现对财产权益的保护。但是，也有学者认为，基于民法与刑法调整领域的不同，民事诉讼与刑事诉讼证明标准的差异以及法院在民事诉讼解决纠纷过程

① 例如，根据《物权法》第 28 条规定，因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。能因法院的判决而发生不动产物权变动者，只能是形成判决。因法院之判决而取得不动产物权，系指依法院判决之宣告，即可生物权法上取得某种不动产物权效果之形成判决而言，不包括其他判决在内。因为只有形成判决对于当事人以外之一切第三者皆有效力。而确权判决不能直接产生不动产物权的变动，在既判力方面，确权判决原则上只有相对的效力，而形成判决则视为具有绝对的效力。因此确权判决、以物抵债的判决均不得主张《物权法》第 28 条的适用。参见姚欢庆：《不动产物权变动规则例外研究》，载《浙江社会科学》，2009(5)。

② 其实，在该论者对诉讼诈骗的界定中，仍将“骗取数额较大的公私财物”作为其内涵要素之一。参见董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(6)。

对待法律真实的态度等多方面考虑，不宜将诉讼诈骗作为新的犯罪规定在立法当中。[①] 不可否认，民法以调整平等主体之间的人身关系和财产关系为内容，与刑法以调整犯罪、刑罚和刑事责任为内容有根本不同。对于平等主体之间的人身关系或财产关系纠纷也多通过民事诉讼的方式加以解决，而只有严重的危害行为才会成为刑法调整的对象。但是，民法与刑法调整对象的不同，并不意味着发生在以解决民事领域纠纷为内容的民事诉讼过程中的严重危害行为不能成为刑法的调整对象。作为最后的保障法，当行为人以不正当的方式扰乱民事诉讼的正常秩序，其行为已经违背了民事诉讼的原则要求而构成对诉讼程序的严重侵害，其危害性已经超越了民事诉讼调整的范围而有待于刑事法律进一步调整。在这个层面上，也可以说，民事诉讼固然追求法律真实，但是，以虚假诉讼的方式提起的民事诉讼已经人为阻断法院对法律真实的探寻，法院据此所作出的错误判决也绝非是值得维护的“法律真实”。而对诉讼诈骗行为的犯罪化处理，非但没有损害法律真实，恰恰是在通过对伪造证据事实等虚假诉讼行为予以严厉惩治而维护法律真实，如此既维护了被害人的合法权益，也是还法律和法治以尊严。

---

① 《北京石景山区检察院“京西法治沙龙”研讨：诉讼诈骗行为如何定罪》，http://live.jcrb.com，2011-08-13。

论诉讼诈骗的刑法规制及立法完善

韩　哲[*]　张云波[**]

一、问题的提出

随着我国经济社会的发展和法治进程的推进，公民的法治观念不断提升，运用法律手段解决纠纷的意识不断增强，各类诉讼案件均呈直线上升趋势，这对长期受官本位思想影响、普遍存在“怯讼”、“厌讼”心理的中国社会来讲是一件好事，体现了社会文明的进步。[①] 但是，与这一变化了的社会情势相伴随，以诉讼为手段恶意侵占他人财物的现象也随之出现。一些不法分子通过伪造或变造证据、恶意串通等手段，向法院提起民事诉讼，欺骗法院作出有利于自己的错误裁判，依靠法律的强制力获取非法利益，这便是诉讼诈骗。

早在十年前，诉讼诈骗并不常见，该问题引起的关注也不多。近年来，随着民事诉讼案件量的逐年攀升，诉讼诈骗在司法实践中层出不穷，且日益蔓延，大有愈演愈烈之势。据统计，浙江、上海、江苏、山东、广东、四川等地都出现了诉讼诈骗案件。[②] 根据浙江省高级人民法院的一项调查，基层法院近九成法官称曾接触到诉讼诈骗案件，八成法官感觉该类案件有逐年递增的趋势。[③] 可见，诉讼诈骗已成为一种非常普遍的社会现象。

诉讼诈骗行为不仅侵犯了被害人的财产权，而且严重扰乱了司法秩序，造成司法资源的浪费，社会危害极大。虽然对于有些诉讼诈骗行为可以依法以妨害作证罪、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪、虚假破产罪等追究刑事责任，但对于骗取人民法院判决、裁

* 北京市石景山区人民检察院法律政策研究室主任，法学博士。

** 北京市石景山区人民检察院助理检察员，法学硕士。

① 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)：135。

② 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)：115。

③ 陈东升、马跃君：《九成基层法官曾遇虚假诉讼——浙江高院院长齐奇代表建议增设诉讼诈骗罪》，载《法制日报》，2011-03-14。

定或调解书，以法律的强制力获取非法利益这一最为典型的诉讼诈骗行为，我国刑法却无明确规制，导致诉讼诈骗存在“在实务界有罪与非罪之判例，在理论界有此罪与彼罪之纷争”①的现象，不仅损害了司法权威，也妨害了对诉讼诈骗行为的有效惩治。

为更深入地认识诉讼诈骗行为，实现对诉讼诈骗有效的惩治与控制，本文拟从诉讼诈骗的特征分析与概念界定、诉讼诈骗的刑法规制以及诉讼诈骗的立法完善三个方面进行探讨，以求教于同仁。

二、诉讼诈骗的特征分析与概念界定

在我国，诉讼诈骗并非法律用语，以前学界对其研究得也较少。直到近些年，诉讼诈骗现象在我国出现得越来越多，该问题才引起社会的重视，学界的研究也逐渐增多。但诉讼诈骗在理论上仍未形成明确的定义，不仅在称谓上多种名称并存，如“诉讼诈骗”②、“诉讼欺诈”③、“诉讼诈欺”④、“恶意诉讼”⑤、“虚假诉讼”⑥，在范围上也有广义与狭义之分。⑦ 这导致诉讼诈骗的外延很不确定，下定义比较难。因此，本文拟全面分析诉讼诈骗的特征，准确把握其多方面的内涵，对其概念作最一般意义上的概括。

首先，从行为存在的场合看，诉讼诈骗发生于民事诉讼领域。从应然角度出发，利用诉讼手段进行欺诈的行为在刑事诉讼、行政诉讼和民事诉讼中都有可能发生；但从实然层面看，诉讼诈骗在民事诉讼中最常见，且大量发生。⑧ 因此，通常将诉讼诈骗界定于民事诉讼中，既包括行为人提起诉讼前已经产生犯意的情形，也包括合法提起民事诉讼后、案件审理终结前行为人产生犯意的情形。⑨

---

① 苗生明、庄伟：《诉讼欺诈侵财是间接诈骗犯罪》，载《检察日报》，2003-05-30。

② 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)：135～140。

③ 陈桂明、李仕春：《诉讼欺诈及其法律控制》，载《法学研究》，1998(6)：117～128。

④ 任国云：《完善法律让诉讼诈欺四处碰壁》，载《法制日报》，2008-11-13。

⑤ 苗生明、庄伟：《诉讼欺诈侵财是间接诈骗犯罪》，载《检察日报》，2003-05-30。

⑥ 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)：115～121。

⑦ 狭义的诉讼诈骗“是指行为人以提起民事诉讼为手段，作虚假的陈述、提出虚假的证据、或者串通证人提供伪造的证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财物或财产上不法利益的行为”。“广义的诉讼诈骗则不仅仅限于提起诉讼骗取财产这一种情形，还包括基于其他动机目的而在诉讼活动中实施的多种欺骗行为。”刘明祥：《财产罪比较研究》，北京：中国政法大学出版社，2001，第251页。

⑧ 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)：116。

⑨ 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)：135。

其次，从行为主体看，行为人既可以是自然人，也可以是法人或其他组织。一般情况下，是一方当事人实施诉讼诈骗，侵害对方当事人的利益；特殊情况下，也可能是原被告双方合谋，损害案外第三人的合法利益。①

再次，从行为人的主观方面看，是直接故意，并且具有获取非法利益的目的。即行为人明知自己以虚构的事实和伪造的证据提起民事诉讼可能导致法院作出错误的裁判，致使自己获取非法利益，仍追求这种结果的发生。这里的非法利益既包括财产或财产性利益，也包括非财产性利益，如"为了毁坏对方名誉，甚至有专门以制造讼累消耗对方精力为目的的"②。

复次，从行为的客观方面看，行为人通常采取提供虚假陈述、使用伪造证据、恶意串通等手段，向法院提起民事诉讼，诱使法院作出对其有利的裁判。梁根林教授将诉讼诈骗的行为方式概括为四种：一是行为人直接伪造证据向法院起诉；二是行为人明知为虚假证据并以此证据向法院起诉；三是行为人利用欺骗或胁迫等手段取得证据，向法院起诉；四是原告与被告串通，用虚假证据向法院起诉，侵犯第三人的权益。③ 提起民事诉讼，是诉讼欺诈必备的形式要件，无论行为人虚构何种事实，也无论行为人以何种方式伪造证据，只要不提起民事诉讼，该行为便不能称为诉讼诈骗。诉讼诈骗的实质在于欺骗法院，从本质讲，诉讼诈骗是行为人意图以合法形式，借助国家强制力获取非法利益的行为。④

最后，从行为侵犯的客体看，诉讼诈骗侵犯的是双重或多重客体。典型的以非法获取财产或财产性利益为目的的诉讼诈骗，不仅侵犯了公私财产所有权，而且扰乱了民事诉讼活动的正常秩序。⑤

基于以上对诉讼诈骗特征的分析，笔者将其作如下定义：诉讼诈骗是指行为人为获取非法利益，虚构事实、伪造证据或者恶意串通，向人民法院提起民事诉讼，诱使法院作出对其有利裁判的行为。

---

① 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)：116。

② 侯国云、么惠君：《诉讼诈骗应当独立成罪》，载《法制日报》，2009-05-20。

③ 关仕新：《诉讼诈骗：入罪正当时》，载《检察日报》，2010-06-04。

④ 柳忠卫、石磊：《诉讼欺诈行为研究——以刑法为视角的分析》，载《山东公安专科学校学报》，2003(5)：37。

⑤ 有学者建议，应将诉讼诈骗侵犯司法秩序予以具体化，指出民事诉讼活动的正常秩序为其侵犯的客体，笔者采纳此观点。参见陈哲勇、王贤文：《诉讼诈骗行为客体研究》，载《学术问题研究》(综合版)，2010(1)：68。

三、诉讼诈骗的刑法规制

诉讼诈骗已成为民事司法审判实践中的一种新动向，并呈发展蔓延趋势。该类案件不仅涉案金额动辄数万，且有一定比例的案件是专门针对国有企业作出的。[①] 一些诉讼诈骗行为人为达到目的，甚至千方百计拉拢、腐蚀司法人员，引发司法腐败。[②] 诉讼诈骗的社会危害性已经超过了普通的诈骗侵财犯罪，极有必要对其进行严厉惩处。但因我国目前对诉讼诈骗缺乏明确的刑法规制，学术界对该类行为在定性和处理上也存在较大分歧，导致诉讼诈骗案件在司法实践中的处理很不一致，有的按无罪处理，有的按诈骗罪处理，有的按妨害作证罪等轻罪处理。“法律上的漏洞成为诉讼诈骗行为高发的重要因素之一。”[③] 如果任其发展下去，不仅影响司法的权威和尊严，更会对整个社会诚信造成严重破坏。因此，在 2009 年至 2011 年连续三届全国“两会”上，均有委员或代表提交议案，呼吁修订刑法或出台司法解释，明确对诉讼诈骗行为追究刑事责任。[④]

笔者建议，在立法或司法解释尚未对诉讼诈骗进行明确规范的情况下，权宜之计是将诉讼诈骗区分为侵财性诉讼诈骗和非侵财性诉讼诈骗，在现行刑事法律体系中，予以不同的司法处理。[⑤]

(一)对侵财性诉讼诈骗以诈骗罪认定和处理

由于我国《刑法》第 266 条以简单罪状的方式对诈骗罪的基本构成特征进行了描述，规定“诈骗公私财物，数额较大的，处……”因而“我

---

① 邓建新：《诉讼诈骗频发 出台立法司法解释刻不容缓》，载《法制日报》，2009-03-09。

②③ 徐日丹：《诉讼诈骗日趋猖獗，王学成委员建议刑法出手》，载《检察日报》，2010-03-05。

④ 2009 年，李文岳等 13 位政协委员在全国“两会”上提交的《关于建议全国人大常委会尽快作出解释明确对诉讼诈骗按诈骗罪定罪的提案》，参见邓建新：《诉讼诈骗频发 出台立法司法解释刻不容缓》，载《法制日报》，2009-03-09。2010 年，全国政协委员、广东省人民检察院副检察长王学成建议全国人大常委会尽快作出立法解释，对刑法作出补充规定，增设诉讼诈骗罪，参见徐日丹：《诉讼诈骗日趋猖獗，王学成委员建议刑法出手》，载《检察日报》，2010-03-05。2011 年，全国人大代表、浙江省高级人民法院院长齐奇联合浙江代表团提交了题为《关于在刑法中增设诉讼诈骗罪的建议》的议案，参见陈东升、马跃君：《九成基层法官曾遇虚假诉讼——浙江高院院长齐奇代表建议增设诉讼诈骗罪》，载《法制日报》，2011-03-14；同年，全国人大代表、上海市高级人民法院院长应勇代表领衔提交议案，建议修改刑法第 266 条，增加诉讼诈骗行为这一款，并应处以比一般诈骗罪更重的刑罚，参见关仕新：《全国人大代表应勇领衔提议案——建议修改刑法严惩诉讼诈骗行为》，载《检察日报》，2011-03-06。

⑤ 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)：119。

国刑法诈骗罪的概念和特征实际上是由学者以学理解释的形式加以界定的"[①]。诈骗罪是指，"以非法占有为目的，以虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。"[②]其基本构造是："行为人实施欺骗行为—对方(受骗者)产生错误认识—对方基于错误认识处分财产—行为人或第三者取得财产—被害人遭受财产损害。"[③]

诈骗罪通常只发生在行为人与被害人两者之间，行为人欺骗被害人，被害人因被欺骗产生错误认识，被害人处分自己的财产并遭受财产损失。但随着现代社会经济飞速发展，代理、保管、信用卡交易等经济活动逐渐活跃，这就使得财产的单纯占有者乃至占有辅助者都可能因受骗而处分财产[④]。导致出现被骗者是此人而被害者却是彼人的情况，这种发生在三者之间的诈骗案件，在德日刑法理论上被称之为"三角诈骗"。[⑤] 在三角诈骗中，被骗人与被害人可以不是同一人，但被骗人与财产处分人必须是同一人。因为如果被骗人与财产处分人不是同一人，就缺乏"基于错误而处分财产"这一诈骗罪的本质要素。在诉讼诈骗中，法院不是被害人，但它既是被骗人又是财产处分人。行为人以提起民事诉讼为手段，提供虚假的陈述、出示虚假的证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财产，这是典型的三角诈骗，成立诈骗罪。[⑥]

因此，将我国刑法诈骗罪中的被骗人与被害人严格解释为同一人，是对我国《刑法》第 266 条的限制解释，未必符合立法原意，因为它无法涵括现实生活中形形色色的诈骗行为，将导致越来越多的新型诈骗行为无法受到应有的惩处。[⑦] 将侵财性诉讼诈骗解释为诈骗罪，虽属扩张解释，但并未超出刑法文义。无论是扩张解释还是不利于被告人的解释，只要符合立法原意，就没有突破罪刑法定原则，应予肯定。[⑧]

---

① 柳忠卫、石磊：《诉讼欺诈行为研究——以刑法为视角的分析》，载《山东公安专科学校学报》，2003(5)：39。

② 陈兴良主编：《刑法学》(第 2 版)，上海：复旦大学出版社，2009，第 400 页。

③ 张明楷：《刑法学》(第 3 版)，北京：法律出版社，2007，第 735 页。

④ 吴玉萍：《诉讼欺诈行为定性研究》，载《中国刑事法杂志》，2005(4)：49。

⑤ [日]山口厚：《诈欺罪中的处分行为》，载《平野龙一先生古稀祝贺论文集》，东京：有斐阁，1990，第 459 页；转引于刘明祥：《财产罪比较研究》，北京：中国政法大学出版社，2001，第 249 页。

⑥ 张明楷：《刑法学》(第 3 版)，北京：法律出版社，2007，第 735 页。

⑦ 柳忠卫、石磊：《诉讼欺诈行为研究——以刑法为视角的分析》，载《山东公安专科学校学报》，2003(5)：40。

⑧ 关仕新：《诉讼诈骗：入罪正当时》，载《检察日报》，2010-06-04。

(二)对非侵财性诉讼诈骗以行为人的手段行为定罪处罚

非侵财性诉讼诈骗的特征可归纳为：行为人基于非侵财性的不正当目的，虚构事实、伪造证据或者恶意串通，向人民法院提起民事诉讼，意图获取非法利益。非侵财性诉讼诈骗显然不能以诈骗罪认定和处理，但它已然构成一个完整的妨害司法机关正常活动的行为，能否以其他罪名论处？通过分析《刑法》第 307 条第 2 款"帮助毁灭、伪造证据罪"的内容设置，笔者认为不可。根据《刑法》第 307 条第 2 款的规定：帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，构成帮助当事人毁灭、伪造证据罪。对该内容可作进一步理解：当事人自己毁灭、伪造证据的，就不构成犯罪。立法作此规定，可能是出于对当事人毁灭、伪造证据的期待可能性进行考虑的结果[①]，但能由此得出的信息是：帮助毁灭、伪造证据的立法真意排除了当事人自己毁灭、伪造证据的犯罪性。[②]

因此，对于非侵财性诉讼诈骗的处理，可参照《最高人民检察院关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》的规定："……如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照刑法第二百八十条第二款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的应当依照刑法第三百零七条第一款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。"当然，非侵财性诉讼诈骗的手段行为不限于上述两种，如有的行为人是通过伪造、变造身份证或伪造、变造国家机关公文、印章等手段进行违法犯罪的，对其可以以相应的罪名认定和处理。

四、诉讼诈骗的立法完善

对诉讼诈骗采取两分法进行刑法规制"实为权宜之计，而并非长久之策"[③]。侵财性诉讼诈骗与诈骗罪之间具有包容关系，以诈骗罪论处该行为有理论依据和法律依据，不会造成对罪刑法定原则的冲击和破坏。但同时我们必须注意到，诉讼诈骗的社会危害性具有独特性，无论是对侵财性诉讼诈骗以诈骗罪论处，还是对非侵财性诉讼诈骗按手段行为定罪处罚，都不足以全面和准确评价之，都是"目前司法站在功

① 在此处，笔者对当事人自己毁灭、伪造证据是否具有期待可能性不作评价。

② 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)：139。

③ 赵赤、李燕山：《论虚假诉讼的刑法规制》，载《江汉论坛》，2010(2)：120。

利主义和社会本位立场上的无奈选择，是两害权衡取其轻的结果”①。笔者建议对诉讼诈骗设置独立罪名，理由如下。

（一）两分法未对诉讼诈骗侵犯民事诉讼活动的正常秩序这一情况进行评价

无论是侵财性诉讼诈骗还是非侵财性诉讼诈骗，都侵犯了民事诉讼活动的正常秩序，浪费了司法资源，破坏了司法权威。单单就侵财性诉讼诈骗的侵财性而论，其危害也可能远大于普通诈骗罪的侵害性，因为它可以“把一个好端端的企业整垮，会增加失业率、会减少国家税收，是对国家经济秩序的破坏”②，这种危害性是一般的诈骗罪所不具备的。也就是说，诉讼诈骗都至少侵犯了两种社会关系，其社会危害性远大于诈骗罪或诉讼诈骗手段行为触犯的罪名。如果对诉讼诈骗仅以诈骗罪论处或按其手段行为定罪处罚，不足以全面评价之，难以实现罪刑均衡。

（二）侵财性诉讼诈骗与诈骗罪在客观方面有所不同

首先，二者的行为方式不同。诈骗罪的行为方式除了虚构事实以外，还包括隐瞒真相，即包括作为与不作为两种行为方式。对于诈骗罪而言，行为人虚构事实和隐瞒真相的法律评价是等价的。但在民事诉讼中，当事人承担何种法律责任是法律明文规定的。当事人在不承担举证责任的情况，即使知道真相而隐瞒，其也只是承担不利的民事裁判后果而已，其行为不具有可罚性。因此，侵财性诉讼诈骗仅包括虚构事实（包括虚假陈述、伪造证据、恶意串通等）这一积极作为的行为方式，不包括隐瞒真相的行为方式。所以，“如果按诈骗罪来评价诉讼诈骗行为，则可能出现只要当事人不积极主动地提供其掌握的一切证据，他就可能构成诈骗罪（因隐瞒真相），那恐怕任何一个民事诉讼都有人构成诈骗罪。”③

其次，侵财性诉讼诈骗并非典型的三角诈骗。从被害人角度分析，在典型三角诈骗中，“被害人尽管不是被骗者，但在一般情况下，被害人或者对自己的被害（行为人的欺骗）事实不知，或者虽知此事实但不知此事实的意义。而诉讼诈骗中的被害人显然不具有这样的特点。”④从法院角度分析，法院与三角诈骗中的财产处分人存在根本区别：法

---

① 李翔、黄京平：《论诉讼欺诈的可罚性及其立法完善》，载《云南大学学报》（法学版），2004（6）：29。

② 侯国云、么惠君：《诉讼诈骗应当独立成罪》，载《法制日报》，2009-05-20。

③④ 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004（2）：138。

院没有占有当事人的财产也没有获得相关财产的处分权，它是特定民事诉讼的裁判者；法院主要根据案件事实、诉讼请求和相关法律规定对诉争财产进行权利确认，不受制或不完全受制于当事人的意志与欺骗；法院对诉争财产进行裁判的行为从法律上看属于财产确权行为而非财产处分行为；法院与诉讼诈骗中各方当事人包括受损方没有任何法律上的利害关系或存在共同利益。[①]

(三)将侵财性诉讼诈骗认定为诈骗罪会造成刑法解释理论上的矛盾

根据《刑法》第307条的规定，“帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的”构成帮助毁灭、伪造证据罪，那么当事人自己毁灭、伪造证据就不构成犯罪。立法作此规定可能是考虑到当事人毁灭、伪造证据的期待可能性问题。但如果把当事人自己毁灭、伪造证据的侵财性诉讼诈骗行为评价为诈骗罪，按照共犯理论，帮助当事人毁灭、伪造证据的行为人应构成当事人实施诈骗罪的共犯。除非有法律明文规定，比如类似我国《刑法》第358条将组织卖淫罪与协助组织卖淫罪分别规定[②]那样，将当事人自己毁灭、伪造证据与帮助当事人毁灭、伪造证据分别规定为犯罪，否则没有构成两个罪名的道理。从《刑法》第307条的规定可以判断：帮助当事人毁灭、伪造证据的立法真意排除了当事人自己毁灭、伪造证据的犯罪性。因此，“现在要解决的已经不是诉讼诈骗行为是否构成诈骗罪，而是其是否应构成犯罪的问题。”[③]

(四)两分法不利于对诉讼诈骗的有效打击

实践中可能出现以下情况：一是在侵财性诉讼诈骗中，行为人一审获得胜诉判决，被害人不服提起上诉，二审法院揭穿行为人的骗局，对行为人只能按诈骗罪未遂处理，即比照诈骗罪既遂从轻或者减轻处罚。二是诉讼诈骗案件若经一审二审甚至再审程序，最终真相大白，但若行为人非法获财数额达不到诈骗罪定罪数额标准或者非侵财性诉讼诈骗的手段行为不构成犯罪，对行为人就只能做无罪处理。可见，采取两分法对诉讼诈骗分别予以刑事规制，“相对于行为人的犯罪行为，法律的惩治显得软弱无力，非但不能达到有效预防和控制犯罪的效果，反而会使行为人心存侥幸，在实施犯罪行为时更加有恃

① 黄龙：《“诉讼诈骗”批判》，载《刑法论丛》，2010(1)：191。

② 该条第一款规定了组织卖淫罪，该条第三款规定了协助组织卖淫罪。

③ 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)：138。

无恐。"①

鉴于诉讼诈骗的社会危害性最主要地体现在对法院审判活动的影响上，其影响的后果才体现在被害人的财产利益损失或其他损失②，笔者建议，将诉讼诈骗单独设置罪名，规定在《刑法》第六章"妨害社会管理秩序罪"中的第二节"妨害司法罪"之中。在对该罪基本犯罪构成的表述上，将对民事诉讼活动正常秩序的侵害规定为直接犯罪客体，将造成严重后果的情形以结果加重犯的形式予以规定。③ 这就将诉讼诈骗构成犯罪的标志点提前，使行为人在着手实施诉讼诈骗前就有所忌惮。一旦行为人实施了诉讼诈骗行为，法律就能给予及时有效的惩处，防止危害后果扩大，能以较小的司法投入获取最大的社会效益。④

五、结 语

随着经济社会的发展，新型犯罪不断出现。对于一些表面上看是新的犯罪的行为，需要合理地解释现行刑法，把现有规定用足，对危害行为按照现行法律处理。只有出现特殊权益需要刑法保护，司法技术无法解决问题，求助于司法解释或立法解释还是没有办法的情况下，才应该考虑是否增设新罪。⑤ 将诉讼诈骗区分为侵财性诉讼诈骗与非侵财性诉讼诈骗，分别以诈骗罪和手段行为触犯罪名论处，虽然遵循了刑法解释原理，既没有放纵犯罪，又没有突破罪刑法定原则，但尚存在不能充分评价诉讼诈骗的社会危害性、不能点明诉讼诈骗的行为特征、容易造成刑法解释理论上的矛盾、不利于打击犯罪等方面的问题。只有增设新的罪名对诉讼诈骗进行统一的刑法规制，才能有效应对诉讼诈骗日益蔓延的趋势，统一法律尺度，真正实现罪刑法定和司法公正。

---

① 吴玉萍：《诉讼欺诈行为定性研究》，载《中国刑事法杂志》，2005(4)：54。

② 董玉庭：《诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)：138。

③ 具体的条文设计需要进一步斟酌。

④ 吴玉萍：《诉讼欺诈行为定性研究》，载《中国刑事法杂志》，2005(4)：54。

⑤ 周光权：《刑法修改的回顾与展望》，载《检察日报》，2011-08-08。

论诉讼诈骗的性质

楚俊玲[*]　刘　娜[**]

诉讼诈骗行为一直为学者和司法部门所关注，最高人民检察院法律政策研究室也于2002年9月25日作出《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》，对诉讼诈骗行为的处理问题作出了说明，但对其性质认定的讨论却从未停止，在司法实践中的处理标准也并不统一。为了能采取相应措施，有效遏制这种现象的滋生和蔓延，有必要对诉讼诈骗行为的性质从理论上加以廓清。

一、诉讼诈骗行为的概念及特征

(一)诉讼诈骗行为的表现方式

典型性诉讼诈骗行为主要有以下几种表现方式。

第一，一方当事人伪造证据，虚构案件事实，试图通过诉讼损害对方当事人利益，获取不正当利益。

第二，原告和被告串通，损害第三人的合法权益。实践中出现一些原、被告之间根本不存在民事经济纠纷，但为了达到侵害第三人合法权益的目的，虚构并不存在的法律纠纷并提起诉讼。

第三，一方当事人或诉讼代理人恶意串通证人、鉴定人或勘验人，使之作出虚假陈述、鉴定或勘验结论。

第四，在共同诉讼中，一方的诉讼代表人与他方当事人或己方的部分当事人串通，损害其他诉讼主体的利益。

(二)诉讼诈骗行为的概念及基本特征

诉讼诈骗行为在司法实务中屡见不鲜，愈演愈烈，理论界近年来也十分关注该问题的研究。但是目前对于诉讼诈骗行为并未形成一个较为统一的概念。总的来说，诉讼诈骗行为的概念在使用上有广义与

---

* 西安市雁塔区人民检察院副检察长。

** 武汉大学法学院博士研究生。

狭义之分。

广义的诉讼诈骗，是指在民事诉讼中，行为人通过提供虚假的陈述或伪造的证据，使法院作出有利于行为人的错误判决的行为。我国台湾刑法学家林山田教授即采这种定义，他认为："所谓诉讼诈欺，即指行为人以提起民事诉讼为手段，以虚伪之陈述，提出伪造之证据或串通证人提出伪造之证据，使法院作成错误之判决，而达其不法所有之目的。"①

狭义的诉讼诈骗构成，必须具有非法占有他人财物或财产性利益的目的。董玉庭教授认为，诉讼诈骗是指行为人以非法占有他人财物为目的，以提起民事诉讼为手段，在民事诉讼中使用虚假证据欺骗法院，使法院作出错误判决从而骗取数额较大的公司财务的行为。② 另有学者认为，所谓诉讼诈骗，是指行为人以提起民事诉讼为手段，通过伪造证据或者提供虚假证据欺骗法院，使法院作出有利于自己的错误裁判，从而利用法院的审判权和执行权获取本不应当属于他们的财产或财产性利益，或者免除、逃避债务的行为。③

也有观点认为，诉讼诈骗不但可以发生在审判领域当中，而且可以发生在执行过程中。另有观点将诉讼诈骗的范围拓展到行政诉讼领域当中。

对于诉讼诈骗的概念，学者们虽众说纷纭，但诉讼诈骗行为的一些基本特征在这些概念中均有所体现。通过对日常生活中各种诉讼诈骗行为的表现形式进行分析，可以发现典型的诉讼诈骗行为一般包括以下几个基本特征。

第一，行为人在主观上必须以非法占有他人财物为目的。并且与盗窃罪、诈骗罪等财产性犯罪的犯罪目的相同，此处的非法占有也必须是永久性占有而非暂时性的占有使用。同时，"财物"不但包括一般意义的财物，还应包括财产性利益。所谓财产性利益，大体是指普通财物以外的财产上的利益，包括积极财产的增加与消极财产的减少。财产性利益是法所保护的一种重要利益，它与狭义的财物对人的需要的满足，并没有本质差别。而且，财产性利益具有财产价值，甚至可以转化为现金或其他财物。非法占有他人财物(狭义)或财产性利益，对法益侵害的性质与程度是没有区别的。

---

① 林山田：《刑法各罪论》(增订2版)(上册)，1999，第412页。

② 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)。

③ 倪伯萍：《民事诉讼诈骗行为之定性分析》，载《法制与社会》，2009(3)。

第二，诉讼诈骗只能以作为方式而为。诉讼诈骗总是表现为行为人积极的实施欺诈行为，虚构其与被害人之间本不存在的法律关系，继而以向法院提起诉讼的方法，提出根本不存在的诉讼请求，以伪造的证据或虚构的事实骗取法院的信任，并借助法院的强制力获取他人财物。如果当事人不作为，即不主动提起诉讼或者在诉讼中提出反诉，也就不可能实施欺骗法院的诈骗行为。因此，以作为方式实施诉讼诈骗是诉讼诈骗的特征之一。

第三，诉讼诈骗行为侵犯的对象具有非同一性。一般诈骗罪的诈骗行为当中，较为常见的是只存在诈骗行为人和被骗人两方关系人。其中，行为人通过实施诈骗致使被害人产生认识错误，处分自己的财产，将公私财物直接交付给诈骗行为人，此种情形中，诈骗行为人与被害人(财产交付人)具有直接同一性。而诉讼诈骗则不同，其行为的特点决定了被骗人与被害人是分离的。诉讼诈骗行为人欺骗的对象只能是法院，其通过向法院提交伪造的证据，或提出虚假的事实，致使法官受骗产生错误认识，进而作出有利于行为人的法律裁判，行为人依据该裁判，借助法院强制力取得被害人财产或者免除自己对被害人所承担的债务。在这种行为中，明显存在诈骗行为人、被骗人(即法院)、被害人三方关系人，行为人的诈骗行为必须通过法院来完成。因此，受骗者与受害者不能为同一人。

第四，诉讼诈骗行为必须借助法院的活动来实现。诉讼诈骗一般是行为人主动提起诉讼，借助虚假的证据或者隐瞒真相的手段使法院作出错误判决，再根据该错误判决来取得他人财产，法院作为直接的受骗人作出错误判决是诉讼诈骗行为必不可少的一个环节。此外，行为人想要最终取得非法利益，很多也必须借助法院的强制力来实现。

第五，财产交付的间接性和非自愿性。普通诈骗罪的最突出特点，就是行为人采用欺骗手段，使被骗人在认识上产生错误，以致“直接地”、“自愿地”将自己的财物交付给行为人。而诉讼诈骗中存在三方关系人，因而财产交付的间接性特点在诉讼诈骗中是显而易见的。在自觉履行判决的场合，作为被骗人的法院并没有“直接地”完成交付行为，而是由被害人被迫交付自己的财物。即使在强制执行的场合，交付行为是在法院的干预下直接完成的，但因是法院作出裁决导致受害人的财产损失，所以同样可视为具有间接性。同时，一般诈骗行为在财产交付时均表现为被害人由于产生错误认识信以为真，从而“自愿地”把财产交付给行为人，而在诉讼诈骗中被害人的交付行为显然不是“自愿地”交付，而是迫于法院的公权力，或者干脆就是法院的强制执行的结果。

(三)由诉讼诈骗不同概念所产生的相关问题

第一，关于诉讼诈骗行为形成的诉讼领域。

诉讼从广义上说包括司法诉讼(民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼)和仲裁(民事仲裁、劳动人事仲裁)。

就司法诉讼领域来说，对于诉讼诈骗行为主要发生在民事诉讼领域并无异议，大多数学者在概括诉讼诈骗行为的定义时，也将其限定在民事诉讼当中。那么，诉讼诈骗行为是否能存在于刑事诉讼和行政诉讼当中？在刑事诉讼当中，基于刑法上期待可能性的考虑，我们不能够期待被告人举证证明自己的犯罪行为，因此对被告人的伪证行为不追究法律责任。只有当这种伪证行为侵害到他人权益的时候才有可能受到问责，且对此刑法已经作出了相关规定进行处罚，因此，刑事诉讼领域不存在诉讼诈骗的问题。在行政诉讼领域，一般来说，基于行政主体一方的公权优势，较少出现行为人通过法院骗取诉讼相对方利益的情况，但是社会生活的复杂多样性也并不能完全排除这种可能。比如行为人甲的房屋因属违章建筑而被某行政执法部门强制拆除，但行为人甲向法院提起行政诉讼，并通过虚构事实、编造虚假证件等手段，使得法院相信其房屋系合法建筑，法院由此判决行政机关赔偿行为人损失。因此说，诉讼诈骗可能发生在行政诉讼当中。之前所述的诉讼诈骗的概念中，就有学者将该行为形成的领域定义为“提起诉讼”，其中的“诉讼”即包括民事诉讼和行政诉讼。意大利刑法在这个问题上也作出了明确的规定，其《刑法》第 374 条诉讼欺诈罪规定：在民事诉讼或者行政诉讼中，以欺骗正在进行调查或者司法实验的法官为目的，有意改变有关地点、物品或人身的状况，处 6 个月以上至 3 年有期徒刑。

就仲裁领域来说，民事仲裁属于多元化纠纷解决机制的一种，其属于广义的民事诉讼，在民事诉讼领域中发生的欺诈行为在仲裁领域完全可能出现，而且随着仲裁在现代社会纠纷解决领域所起作用的增强，它在人们社会信用体系中的地位在不断提高。因此，不应将民事仲裁领域中的欺诈行为排除出诉讼诈骗的范围。而对于劳动人事仲裁这种机制意在解决劳动关系、人事合同等方面的纠纷，没有直接的财产属性，因此一般来说不属于诉讼诈骗的范畴。

综合上述情况，笔者认为诉讼诈骗当中的“诉讼”，应包括民事诉讼、行政诉讼以及民事仲裁为宜，且该诉讼既包括行为人诉讼提起之前已有利用诉讼非法占有他人财物的目的而进行恶意诉讼的情况，也应包括合法提起诉讼，在案件审理终结前行为人产生利用诉讼非法占

有他人财物的目的的情况。

第二，诉讼诈骗行为是否以行为人主动提起诉讼为前提。

通过对诉讼诈骗行为不同定义分析可以看出，诉讼诈骗很多都是通过主动提起诉讼的方式实施。但有学者认为，在被动应诉过程中也完全可以发生诉讼诈骗行为。比如债权人起诉债务人要求偿还债务，债务人在被动应诉过程中否认债务关系的存在，并且通过虚假手段诱使法院作出错误裁决从而损害他人利益，这种情况也应属于诉讼诈骗。曾根威彦教授给出的诉讼诈骗的广义定义便有此倾向，只要"欺骗法院"即可，并不要求主动提起诉讼。对此观点，笔者比较赞同。诉讼诈骗行为的目的在于非法占有公私财物，无论是主动提起诉讼还是被动应诉的过程中，这一目的都可以被实现，行为人均是以这一目的来积极的实施欺诈行为、主动的伪造证据虚构事实。因此在被动应诉的场合，其行为对于法益的侵害与主动提起诉讼中并无二致，它并不同于一般诉讼中被告对于原告诉求的反驳行为，后者只是出于防卫自身利益的需要，并且这一权利是被法律所认可的。

综上所述，笔者认为诉讼诈骗行为不但可以发生于行为人主动发起诉讼的场合，[①] 对于在被动应诉中使用虚假证据等的反驳行为亦应作为犯罪考虑。

第三，诉讼诈骗行为是否仅限于审判程序。

诉讼程序是由多种具体程序组成的。就民事诉讼而言，包括审判程序和非审判程序，其中非审判程序又包括如督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序、执行程序等。根据之前对诉讼诈骗行为概念的列举可以看出，多数学者在论述诉讼诈骗时对程序要求没有做具体的区分，有些甚至直接将诉讼诈骗限定在审判程序当中。事实上，诉讼诈骗关键是借助于审判机构的裁决来达到非法目的，至于这种裁决是通过审判程序作出的，还是在非审判程序里作出的，对诉讼诈骗行为本身并没有实质性的影响，即只要是具有强制力的法院裁决即可。比如行为人完全可以通过欺诈的方式申请法院作出支付令、或者骗取法院作出破产、强制执行等裁决，以此来非法取得他人财物。

因此笔者认为，在审判程序和非审判程序当中均存在诉讼诈骗的问题(破产程序除外)。[②]

综上所述，笔者认为可对诉讼诈骗作如下界定：诉讼诈骗，是指

---

① 这里的主动发起诉讼包括在被动应诉过程中的反诉。

② 由于刑法已经对虚假破产的行为做了规定，其也就不再属于诉讼诈骗范畴。

行为人以非法获取他人财物为目的，在诉讼程序中，采用虚构事实、隐瞒真相等手段，促使裁判机构作出错误的裁决，从而使被害人将财物转移给行为人或第三人的行为方式。

二、关于诉讼诈骗行为性质的论争与界限

(一)关于诉讼诈骗行为性质的论争

由于诉讼诈骗行为是一种新型犯罪形式，目前我国刑法尚未有明确的规定，学术界和司法界对此问题争议颇大。实践中，各地公检法机关对相关案件的认识、态度各异，判决或处理结果也大不相同。目前，我国刑法学界和司法实务界对该行为性质的认定归纳起来有以下论点：第一种观点：诉讼诈骗行为构成相关的妨害司法犯罪。根据是2002年9月25日最高人民检察院法律政策研究室《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》中的规定。第二种观点：诉讼诈骗行为构成敲诈勒索罪。第三种观点：诉讼诈骗行为构成抢劫罪。第四种观点：诉讼诈骗行为构成诈骗罪。第五种观点：诉讼诈骗不构成犯罪，属于民事侵权。

(二)对于诉讼诈骗与相关行为性质的界限

1. 诉讼诈骗行为与相关妨害司法犯罪

笔者认为，将诉讼诈骗行为以相关妨害司法犯罪处理，实属权宜之计，有欠妥当。

2002年9月25日，最高人民检察院法律政策研究室就山东省人民检察院所提问题作出了《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》(以下简称《答复》)，对诉讼诈骗行为作出了相关规定。从其内容来看，我国最高司法机关明确认可了诉讼诈骗行为由于其行为的性质仅仅是侵害了人民法院正常的审判秩序因此不能构成诈骗罪，而应纳入妨害司法罪的范畴进行处罚，对行为人指使他人作伪证的行为按照妨害作证罪处罚。同时，为弥补缺漏，《答复》的后半段作出补充规定，认为虽然诉讼诈骗行为本身并不构成犯罪，但其方法、手段构成其他罪名的，以其他犯罪论处，如伪造、变造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪等。但该《答复》非但没有定纷止争，反而在理论与司法实务中都引起了更为广泛的讨论。

首先，根据最高人民检察院1996年发布的《最高人民检察院司法解释工作暂行规定》，有效的司法解释要采用“解释”、“规定”、“通知”、“批复”等形式，统一编排文号，且要经过最高人民检察院检察委

员会讨论审议。因此，《答复》不属于司法解释，对人民法院审理案件不具有约束力，而仅仅是一种参考。

其次，《答复》的规定不足以完全概括诉讼诈骗行为的行为方式。如果行为人伪造的不是公司、企业等的印章而是私人的印章，进而进行诉讼诈骗，对此该如何处理？如果当事人没有伪造印章而只是虚构民事权利义务关系，从而进行诉讼诈骗，对此该如何处理？例如，某机关的建设工程竣工经验收合格后，共计三百万元的工程款已付清。工程承包人就这一事实打印了一个《说明》，以向其上级机关汇报为名，让某机关加盖公章。谁知其打印时就故意留了三行空白，某机关没审查便加盖了公章。后工程承包人又在其预留的空白处加上了“还有一百二十万元没付”，并持此《说明》诉至法院，某机关一审、二审均败诉。经向公安机关举报其诈骗后，才弄清事实真相。对此行为，如果按照《答复》的规定，就无从加以刑事处罚。

再次，诉讼诈骗行为中阻止证人作证或指使证人作伪证的行为与妨害作证罪的客观表现不完全相同。根据我国《刑法》第 307 条规定，妨害作证罪客观上表现为行为人实施了以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的行为，其行为方法限定于“暴力、威胁、贿买等”，但是诉讼诈骗行为的行为人如果是作用于证人，不要求以暴力、威胁、贿买等方法。

2. 诉讼诈骗行为与敲诈勒索罪

诉讼诈骗行为不同于敲诈勒索罪。敲诈勒索罪是指以非法占有为目的，对财物所有人或保管人使用威胁、要挟等方法，勒索数额较大的公私财物的行为，其基本构造为，行为人实施恐吓行为——对方产生恐惧心理——对方基于恐惧心理处分财产——行为人或者第三者取得财产——被害人遭受财产损失。在敲诈勒索罪中，受恐吓的人与被害人不必是同一人，但受恐吓的人必须是处分财产的人，而且受恐吓的人在处分他人财产时，必须具有处分被害人财产的权限或者地位。

敲诈勒索罪的着重点在于对被害人的精神强制，如以揭发被害人的隐私相威胁等，即受害人交出财物是基于法外力量的威胁，而且该威胁是违法的，不是人民法院审判和强制执行力的威胁。更重要的是，敲诈勒索的威胁方式并不是直接强行占有财物或利用他人强行占有财物，而是基于内心的恐惧“自愿”交出财物，但诉讼诈骗确实利用了人民法院的强制执行力为基础编造假象强行由法院执行到他人财物然后交与行为人，这与敲诈勒索理论在侵害的法益和客观方面等均有本质区别。在诉讼诈骗的场合，虽然被害人交付财产是被迫的，但并不是

因为恐惧心理而交付财产。由于法院判决被害人交付财产，故应认定法院是财产处分人，但法院只是受骗而没有受恐吓。诉讼诈骗的得逞往往在于人民法院公开的执行行为，该行为也并没有因为对被害人造成恐惧心理所以自愿交出财物，而是其背后的国家强制执行权以及执行行为。所以，对诉讼诈骗行为不宜认定为敲诈勒索罪。

3. 诉讼诈骗行为与抢劫罪

诉讼诈骗行为不同于抢劫罪。抢劫罪的行为表现是以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物，这里的暴力和胁迫都要求具有当场性，行为的实施也是针对被害人本人。而在诉讼诈骗中，被害人虽然也是被迫交出财物，但该胁迫并非是行为人所实施，而是被行为人欺骗的法院，受害人是迫于法院的公权力而不得不交付财物。另外，诉讼诈骗行为的方式主要是虚构事实和隐瞒真相，此手段均不同于抢劫罪中的暴力、胁迫。因此从构成要件上分析，诉讼诈骗与抢劫罪有很大不同。

4. 诉讼诈骗行为与诈骗罪

(1)观点论争。理论界对于诉讼诈骗行为是否构成诈骗罪争议较大，形成了肯定说与否定说两种截然不同的观点。对于肯定说，笔者在诉讼诈骗行为定性的不同观点中已有所叙述。在此，主要阐述一下否定说的观点。

首先，诉讼诈骗行为在行为构成上不符合诈骗罪的规定。我国《刑法》第 266 条对诈骗罪是采用简明罪状的描述方式，仅规定“诈骗公私财物，数额较大的”构成诈骗罪，至于诈骗罪的定义及构成要件如何，立法上并未给出答案。理论通说认为，“诈骗罪是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，使受害人陷入错误认识并自愿处分财产，从而骗取数额较大以上的公私财物的行为。”①所以，国内刑法理论中有一种观点认为，诈骗罪的犯罪结构中，被骗者、财物处分者与被害者必须是同一人，其构造模式为“行为人伪造事实或掩盖真相——被害人形成错误认识——被害人基于错误认识而实施了处分财产的行为——被害人自愿交付财物——行为人或第三人得到财物——被害人受到财产损害”，从中可以看出，受害人、受骗人、财物处分人是统一的，是一种双向直线模式。所以整个诈骗行为中涉及的利益主体共有两方，一方是诈骗行为人，另一方是受骗人，且受骗人同时又是财产处分人和受害人。但通过分析诉讼诈骗的行为构成可以

---

① 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，北京：中国人民大学出版社，1998，第 275 页。

发现，其侵犯的对象具有非同一性，受骗人为法院，但受害人是相应的被告或第三人，受害人与受骗人存在不同一的情形。这种行为结构与传统观点理解的诈骗罪相去甚远，因此诉讼诈骗行为不能构成诈骗罪。

其次，诉讼诈骗行为虽然有虚构事实的行为，也引起了法官的错误认识，并处分了被害人财产，侵犯了公私财产所有权，但是这种行为同时更是一种破坏司法正常活动的行为，从司法活动被破坏的角度对其评价，更符合诉讼诈骗行为的本质。

再次，诈骗罪是结果犯，因此诈骗的数额对于诈骗罪的量刑具有重要意义。从这个角度来分析，把诉讼诈骗行为认定为诈骗罪是不合理的。因为无论诉讼诈骗行为人最后是否导致了被害人财物的损失，其行为都是具有社会危害性的，其对公私财产所有权的侵犯是或然的，但无论是否最终非法获取他人利益，该行为对司法正常活动的破坏都是必然的。

最后，诉讼诈骗行为虽然类似于刑法理论中的三角诈骗行为，但是从三角诈骗的特征来看，被害人尽管不是被骗者，但是被害人对于行为人的诈骗行为并不知情，或者虽知有此行为事实但是对该事实的意义和后果没有预见。而诉讼诈骗行为中的被害人却不具有这样的特点，其明知行为人实施了欺骗行为，也知道法院受到了欺骗，只是基于法律裁决的效力，不得不把财物交付给行为人。这和典型的三角诈骗显然大相径庭。

对诉讼诈骗不能构成诈骗罪的观点，还有学者提出了更深层次的论述，他们认为，“从司法的角度分析，把诉讼诈骗认定为诈骗罪会给此罪认定的司法实践活动带来无尽的困境。”①

其一，在司法活动过程中，法官对于事实和证据的认定基本上采取自由心证主义。在诉讼中，原被告双方都会提交许多的证据来相互印证自己的主张，而对于这些证据，法官会自由心证地来认定。那么就会出现这样的情形：尽管行为人提交了虚假的证据，但是法官的裁决是否受到虚假证据的影响就无从得知。如果认定诉讼诈骗行为构成诈骗罪，则定罪的依据就不再是诉讼诈骗行为本身，而是取决于法官的主观态度。那么，既然法官认定证据时是采取的自由心证，法官是否受到虚假证据的欺骗就很难查清楚。唯一的解决办法就是将诉讼诈骗行为放入侵犯诉讼活动中来进行规制，此时无论法官是否受到虚假

① 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)。

证据的欺骗都不影响该行为的认定。

其二，根据我国刑法界理论通说对于诈骗罪的定义来看，诈骗罪的行为方式除了虚构事实，还包括隐瞒真相的手段。在诉讼过程中，当事人承担怎样的举证责任，在相关的诉讼法中都作出了具体规定。如果当事人在不承担举证责任的情况下，故意隐瞒真相，其行为就是不可罚的；如果他应当承担举证责任但是故意隐瞒真相不举证，那么他也只是承担对其不利的裁判结果而已。因此，如果按照诈骗罪来评价诉讼诈骗行为的话，就可能出现只要当事人不积极主动的提供其掌握的一切证据、隐瞒真相不举证，就可能构成诈骗罪，那恐怕任何一起民事诉讼都有人构成诈骗罪了。

其三，根据《刑法》第307条的规定，帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的构成帮助毁灭、伪造证据罪。这条规定将当事人本人排除在外，即当事人自己毁灭、伪造证据的不应构成犯罪。“立法者如此规定可能是考虑到当事人毁灭、伪造证据的期待可能性问题。但是如果把当事人自己毁灭、伪造证据的诉讼诈骗行为评价为诈骗罪，就可能造成刑法理论上的矛盾。因为如果当事人毁灭、伪造证据的诉讼诈骗是犯罪，那么当事人与帮助当事人者应构成共同犯罪，除非有法律明文规定，否则没有构成两个罪名的道理。唯一可能的解释就是帮助毁灭、伪造证据罪的立法真意排除了当事人自己毁灭、伪造证据的犯罪性。所以，现在要解决的已经不是诉讼诈骗行为是否构成诈骗罪，而是其是否构成犯罪的问题。”①

(2)观点评析。首先，传统诈骗罪构成要件的理论应将诉讼诈骗行为包含其中。

从诈骗罪的本质来看，其核心在于行为方式的欺骗性、行为后果的取财性以及二者间的因果关联性上，这也是刑法中诈骗罪与其他犯罪区分的关键点，至于财物的来源则不影响诈骗性质的认定。当然，一般来说，被骗人即是被害人这种双向直线的诈骗模式最为典型的诈骗行为。随着社会经济活动的日趋复杂化、交易领域的更趋专业化，财物所有人和代管人分离的情况也正变得普遍，因而通过诈骗他人而使得第三人财物受损的情况已经成为现实并呈扩大趋势；除此之外，随着社会规范化程度的提高，人们法制化观念的增强，借助诉讼或者其他国家公权骗取他人财物的现象也逐渐增多。但这些只是形式上的变化，没有脱离通过欺骗手段来获取财物这个本质。在现实生活中，

---

① 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)。

财产处分人既不必然是财产的所有人，也非必须是财产的占有人。例如，丙是乙的家庭保姆。乙不在家时，行为人甲前往丙家欺骗丙说："乙让我来帮他把电脑拿去维修，我是来搬电脑的。"丙信以为真，甲从乙家拿走电脑后逃走。此案中，丙并非电脑所有人也非占有人，但甲的行为仍构成诈骗罪。所以，并不是所有的诈骗行为中财物处分人和被害人都总是同一的，只要具有财产处分权限或者地位的人产生认识错误进而处分财产即可。因此，诈骗罪的构成模式应该是："行为人采用了欺骗手段——受骗人陷入错误认识——受骗人基于错误认识处分了自己或第三人的财产或财产性利益——行为人获取财产或者财产性利益，且数额较大。"这一模式与传统诈骗罪最根本的区别在于只要确定诈骗行为与取财结果之间有因果关系就可以认定为诈骗罪，至于财物来源则不予考虑。传统诈骗罪的构成除了要求在诈骗行为与取财结果之间有因果关系外，还外加了财物来源的限制，这实质上是人为增加了诈骗罪的内涵，从而缩小了诈骗罪的外延范围，是对诈骗罪本质的不正确认识。

从我国刑法诈骗类犯罪的既有规定来看。我国《刑法》第 196 条信用卡诈骗罪规定，冒用他人信用卡，诈骗数额较大的，构成信用卡诈骗罪。在这里，行为人冒用他人信用卡对银行或其他金融机构进行诈骗，信用卡真正所有人并没有陷入错误认识，被骗的是具有财产处分权的银行或其他金融机构，被骗者因为错误认识，而"自愿"让行为人取得第三人信用卡中的钱款。可见，在信用卡诈骗罪中同样存在着被骗人与被害人不统一的情形，但我国刑法明确将其作为诈骗类犯罪处理。《刑法》第 194 条票据诈骗罪中规定"冒用他人的汇票、本票、支票的"，构成票据诈骗罪，在这里，行为人冒用他人的票据从银行或者其他金融机构支取票据中的款项，受骗的是银行或其他金融机构，被害人本人并没有受到欺骗。这种情况下被害人与被骗人也是分离的，但刑法同样还是将其作为诈骗类犯罪处理。此外，《刑法》第 195 条信用证诈骗罪、第 162 条之二虚假破产罪当中也存在有受害人与受骗人不一致的情形。由此可见，我国刑事立法的现有规定已经否定了传统对诈骗罪构成要件模式的理解，现在再用这种模式来否定诉讼诈骗行为显然是不合适的。

其次，在国外的立法中，也还有许多国家明确将诉讼诈骗的行为规定为犯罪。

如《意大利刑法》第 374 条规定："在民事诉讼或行政诉讼中，以欺骗正在进行调查或司法研究的法官为目的，有意改变有关地点、物品

或人身状况的，或者鉴定人在进行鉴定时作出上述改变的，如果行为不被特别的法律条款规定为犯罪，处以6个月至3年有期徒刑。如果行为是在刑事诉讼中或者在刑事诉讼前实施的，适用同样的规定。”① 该条所规定的罪名就是“诉讼诈骗”。

又如，新加坡刑法在“伪证及破坏公正司法罪”一章中同样规定了“采用欺诈手段接受非应得数额的判决罪”，即指“欺诈性地引起或承受一项反对其由任何人提起诉讼的法令或命令的通过，该法令或命令对于起诉者而言取得不恰当的数额，或者是引起或承受一项反对其已经履行的，或命令被执行或对已经被履行的任何事情再被执行的，处可长至2年的有期徒刑，或处罚金，或两罚并处”。②

但是，必须注意的是，将诉讼诈骗行为认定为诈骗罪，仍会产生一些无法避免的问题。

首先，犯罪主体的问题。根据《刑法》第30条的规定，法律规定为单位犯罪的，单位才应当负刑事责任。根据罪刑法定原则，法无明文规定不为罪，只有在分则中明文规定该罪有单位犯罪主体的，单位才可以成为该罪的犯罪主体，如合同诈骗罪。我国刑法并没有对诈骗罪的主体作出特别规定，因此应认为诈骗罪的犯罪主体限于自然人。但是从诉讼诈骗行为的表现形式来看，单位很有可能成为行为主体。如果按照诈骗罪来处罚，势必导致以单位为行为人的诉讼诈骗缺乏处罚的法律依据。

其次，犯罪客体问题。我国《刑法》将诈骗罪设置在“侵犯财产罪”当中，其犯罪客体是单一的，即公私财产所有权。但诉讼诈骗行为很明显的侵犯了双重客体，除了公私财产所有权之外，还侵犯到了司法机关的正常审判活动，并且如前所述，对于前者的侵犯是或然的，对于后者的侵犯却是必然的。因此，诉讼诈骗行为是否构成诈骗罪，在罪刑法定原则方面是存在疑问的。

5. 诉讼诈骗行为与民事责任

诉讼诈骗存在严重的社会危害性，应该引起立法机关的高度重视。

首先，诉讼诈骗行为严重侵害了相对人的合法权益。诉讼诈骗通常是民事欺诈或诈骗犯罪的途径或方式，侵害了他人、集体或国家的合法权益，扰乱社会经济秩序，危害交易安全。尤其是在国有企业涉讼的情况下，诉讼欺诈更会造成国有资产的大量流失。由于行为人和

---

① 《最新意大利刑法典》，黄风译注，北京：法律出版社，2007，第133页。

② 《新加坡刑法典》，刘涛、柯良栋译，北京：北京大学出版社，2006，第49页。

相对人之间并不存在真正意义上的民事法律关系，这就使得相对人无端地被卷入诉讼中。而无论是否胜诉，相对人在诉讼过程中必然耗费一定的时间、金钱和精力，其损失是不可避免的。况且一旦相对人败诉，其将可能遭受进一步的财产或其他方面的利益损失，包括社会评价降低、精神上的痛苦等。

其次，诉讼诈骗行为不但浪费了有限的司法资源，而且损害了法院的权威性。由于诉讼诈骗通常以符合法律程序的形式进行，带有很强的欺骗性和隐蔽性，因此，在诉讼诈骗的场合很容易造成误判。对于错误裁判，尽管可以通过再审程序加以纠正，但过多的再审程序的启动不仅造成了司法资源的极大浪费，而且损害了判决的稳定性，法庭也因而成为非法交易甚至犯罪的场所，极大降低了诉讼制度的性能和效用，损害了国家审判机关的权威性，使诉讼这一保障社会安定的最后救济手段面临着巨大的冲击。这不仅使得公平与正义无法得到彰显，体现不出法律的价值，而且损害了法院的权威性。

综上所述，对诉讼诈骗行为应予以刑法规制，如果仅以妨害民事诉讼为由予以相应的司法处罚，就无法使罪责相适应，也不足以遏制诉讼诈骗行为的发生。

《民事诉讼法》第 102 条规定："诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

(一)伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；

(二)以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；

(三)隐藏、转移、变卖、毁损已经被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；

(四)对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；

(五)以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；

(六)拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。"

该规定中的六种情形，从第(二)项至第(六)项，在《刑法》中均规定了与之相对应的罪名，如第(二)项有《刑法》第 307 条妨碍作证罪的规定；第(三)项有《刑法》第 314 条非法处置查封、扣押、冻结的财产罪的规定；第(四)项既有《刑法》第 308 条打击报复证人罪的特别规定，也有侮辱罪、诽谤罪、诬陷罪和故意伤害罪等一般性规定；第(五)项

既有扰乱法庭秩序罪的规定，又有妨害公务罪的一般规定；第(六)项有拒不执行判决、裁定罪的规定；唯独第(一)项——即排在首位的伪造、毁灭证据的行为，在《刑法》规定中找不到与之相对应的罪名规定。由此可以看出，立法者的本意也许是帮助当事人伪造、毁灭证据的帮助行为是犯罪行为，而当事人本人的伪造、毁灭证据的行为不是犯罪行为。笔者认为，这样的规定显然是有严重缺陷而又有失公正的。因为一般来讲，没有主行为，就没有帮助行为。而在帮助行为作犯罪处理的情况下，主行为却不按犯罪处理，这种立法是有失公允的。

三、对于诉讼诈骗行为立法规制的建议

(一)学者对于诉讼诈骗行为立法规制的观点

关于诉讼诈骗行为的立法规制问题，目前主要有以下几种观点。

第一，认为应该新增"诉讼诈骗罪"。持此种观点的人对于诉讼诈骗行为的罪刑设置方面也有所不同。

有观点认为，"诉讼诈骗罪"应当设置在妨害司法犯罪一节中，因为诉讼诈骗行为侵犯的是双重客体，具体设计如下："行为人以非法占有为目的，以提起诉讼为手段，提供虚假陈述，提出伪造的证据，或者串通证人提出伪造的证据，破坏人民法院正常的审判活动的，处X年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金法院作出胜诉判决，因而造成国家利益或者社会利益或者相对人财产遭受重大损失的，处X年以上Y年以下有期徒刑，并处罚金法院作出胜诉判决，因而造成国家利益或者社会利益或者诉讼相对人财产损失数额巨大的，处X年以上Y年以下有期徒刑，并处罚金。司法工作人员犯前款罪的，从重处罚。"①

另有观点认为，应将"诉讼诈骗罪"列入刑法分则的第五章之中，作为侵犯公民财产权的犯罪之一予以规范。因为，诉讼诈骗行为虽侵犯了双重客体，但其主要的目的是非法占有他人财物，因此，作为侵犯公民财产权的犯罪更合适。具体方案是，在《刑法》中第266条后面增加一条，作为第267条："以制造虚假证据、捏造或隐瞒事实、恶意串通等手段，向人民法院恶意提起诉讼，并欺骗法院作出有利于自己的判决，骗取公私财物数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年

① 谭辉：《诉讼诈骗罪的立法研究》，载《温州大学学报》，2008(9)。

以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。给被害人造成重大损失，导致无法执行回转的，从重处罚。单位犯前款罪的，按照诉讼标的五至十倍对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”①

第二，认为应该修改刑法中妨害司法犯罪的相关法律条文来对诉讼诈骗罪进行规制。由于诉讼欺诈行为主要是通过伪造证据妨害人民法院的正常审判活动，因而该观点认为将该行为归入伪证罪较为适宜，建议在现行《刑法》第 305 条增加一款规定作为第 2 款：“在民事诉讼中伪造证据，情节严重的，成立伪证罪，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

第三，有学者认为，对于行为人自行毁灭、伪造证据的行为，可以考虑设立“毁灭、伪造证据罪”，并认为在立法修改时应注意以下问题：(1)当事人毁灭、伪造证据，必须情节严重才能定罪。例如行为人的诉讼是纯粹的骗局，还是只在诉讼请求上与事实略有出入。后者显然不构成情节严重。(2)当事人毁灭自己掌握的不利于自己的证据，不能构成犯罪。因为我们不能期待当事人把所有不利于自己的证据都主动交给法庭而使自己败诉，这不符合民事诉讼的特点。(3)犯罪化的诉讼诈骗行为一旦法定化之后，应有较完善的立法或司法解释，并且应坚决遵守从严解释的原则，严防把诉讼诈骗行为与诉讼技巧界限模糊。②

(二)应该设立“诉讼诈骗罪”

首先，笔者认为应该单独设立“诉讼诈骗罪”，唯有此，才能使诉讼诈骗罪的处罚符合罪刑法定原则。

罪刑法定原则是我国刑法的基本原则之一，这一原则是指对法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。我国刑法在取消类推制度后，对某种事实已触犯刑律，但现行刑法又没有具体规定的行为，司法机关就不得处罚。由于我国刑法对利用诉讼诈骗行为构成的犯罪并没有明确规定，使得对利用诉讼诈骗的犯罪行为处理很不统一，造成司法机关的被动，给犯罪分子规避法律、逃避打击留下了可乘之机。因此，刑法对诉讼诈骗增设一个明确、一致的罪名，有利于完善我国刑法和保障国家法律

① 郑赫南：《增设“诉讼诈骗罪”，准确界定裁判责任》，载《检察日报》，2009-06-01。
② 谭辉：《诉讼诈骗罪的立法研究》，载《温州大学学报》，2008(9)。

的统一和正确实施，消除认定上的混乱，对刑法的完善和统一以及正确实施都有十分重要的意义。

此外，如果如前述第二种、第三种观点所述，将诉讼诈骗行为归入伪证罪或者设立“毁灭、伪造证据罪”，就只是处罚了诉讼诈骗的手段行为而完全忽略了其目的行为。行为人的诈骗行为无疑侵害了司法机关的正常审判活动，但其主要目的是非法占有他人财物。如果对于侵犯财产的行为不加认定，那么若行为人通过伪造证据已经获得非法利益时，该部分行为就无法得到法律上的制裁，从而导致司法上的不公。

其次，笔者比较赞同将诉讼诈骗行为置在妨害司法犯罪一节当中。

对于诉讼诈骗行为的犯罪客体，有学者认为，“当事人之所以伪造证据或者隐瞒事实，其目的不在于破坏司法活动，而是通过欺骗法院得到有利于自己的判决。因此，当事人实施诉讼诈骗行为，主要是为了非法取得他人财产，而不是侵犯人民法院的正常活动，不能因为这种侵犯是通过破坏司法活动而实施的，就据此认为其本质在于破坏司法活动，而否认其侵犯财产的本质。否则，就会只强调诉讼诈骗行为对人民法院正常审判活动的破坏，而完全忽视该行为对被害人财产的损害。”[①]对此，笔者有不同看法。诉讼诈骗行为无疑是触犯了两种犯罪客体，虽然大多数诉讼诈骗行为的目的在于非法占有他人财物，但是在实施诉讼诈骗行为的时候，其虚构事实、隐瞒真相的方法就已经破坏了司法活动。诉讼诈骗行为人实施欺诈行为的直接目的是非法占有公私财物，但其行为对于公私财物所有权的侵犯是或然的，只有当其实施了伪造证据、隐瞒事实的行为欺骗法院并且使法院作出错误裁决之后，该侵犯才已然成立。然而行为人只要以虚构的事实、伪造的证据诉至法院使法院立案，就已经对司法机关的正常审判活动构成侵犯了，所以诉讼诈骗行为对正常司法活动的侵犯是必然的。

如《刑法》第224条规定的合同诈骗罪，其侵犯的也是复杂客体，该罪多数情况下侵犯的是诚实信用的市场交易秩序和公平的市场竞争秩序，以及国家、集体和个人的合法财产权；特殊情况下，即因合同诈骗危害国家利益和社会公共利益时，侵犯的是合同管理秩序和国家、集体和个人的合法财产权。因此刑法将合同诈骗行为规定在扰乱市场秩序罪当中。笔者认为诉讼诈骗行为类似于合同诈骗，也是侵犯了复

---

① 范雪旺：《诉讼诈骗基本理论及解决路径探索——以诈骗罪构成理论重构为视角》，载《云南大学学报》(法学版)，2009(3)。

杂客体，其中首要客体应该是司法的正常活动。

因此，笔者认为应在“妨害司法罪”当中单独设立“诉讼诈骗罪”，具体条文设计如下：

“以非法占有为目的，在诉讼中通过制造虚假证据、捏造或隐瞒事实、恶意串通等手段，欺骗法院作出有利于自己的判决，骗取公私财物，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重或者骗取数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；骗取数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

单位犯前款罪的，按照诉讼标的五至十倍对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

当然，如果行为人伪造民事诉讼证据的行为同时触犯其他罪名如伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪的，则属于想象竞合犯，应依照想象竞合犯“从一重处断”的原则予以定罪处罚。

诉讼诈骗行为入罪问题研究

李杉杉*

《汉书》有云："礼之所去，刑之所取，出礼则入刑，相为表里。"作为中国法理的信条，一直为法者所尊崇，但面对当今民事诉讼领域中日渐蔓延的一种现象——诉讼诈骗时，"入刑"变得悬而未决。

诉讼诈骗已经逐渐成为社会热点问题，受到日益广泛的关注。[①]这种现象的主要表现形式为：恶意串通，虚构事实，伪造证据，骗取法院裁判，以取得他人财物。从应然角度看，诉讼诈骗不仅侵犯了他人财物的所有权，而且破坏了正常的民事诉讼秩序，损害了司法机关的据实裁判的公正性与权威性，刑法应该对此种行为进行否定评价。但是从实然角度看，我国对于诉讼诈骗行为并未明确规定。所以，要将诉讼诈骗行为入罪，必须先对诉讼诈骗行为进行准确定位，从而适法归罪。这样一来，诉讼诈骗行为如何入罪众说纷纭。本文剑指"诉讼诈骗行为是否应当入罪，刑事司法实务部门又当如何处断此类行为"，从诉讼诈骗行为的定性出发，通过对其入罪的量化因素考察，旨在明确诉讼诈骗行为在入罪时法律适用上的要点。

一、诉讼诈骗行为的定性

诉讼诈骗行为是指，行为人以提起民事诉讼为手段，恶意串通，虚假陈述，伪造证据，使法院作出有利于自己的裁判，从而获得财产性利益的行为。这种行为具有四个特点：发生在民事诉讼中；以非法占有为目的；诉讼中使用虚假证据；法院因虚假证据作出错误判决。[②]

目前，国内外对于诉讼诈骗行为的定性大致有以下三种观点：第一种观点，"否定说"。该观点认为诉讼诈骗不成立任何犯罪。我国和

---

* 北京市石景山区人民检察院法律政策研究室干部，法学硕士。

① 邓建新：《诉讼诈骗频发呈全国蔓延趋势》，载《法制日报》，2009-03-09。

② 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)。

日本都有部分学者持此观点[①]，其理由是诉讼诈骗行为不符合诈骗罪以及合同诈骗罪的犯罪构成，依照罪刑法定原则，只能按照无罪处理[②]。第二种观点，"肯定说"。该观点具体又分为三个分支：一是诉讼诈骗行为成立诈骗罪，其理由是诈骗罪的表现形式既可以是直接诈骗，也可以是间接诈骗[③]，诉讼诈骗行为属于间接诈骗犯罪。[④] 二是诉讼诈骗成立犯罪，但不成立诈骗罪，成立其他犯罪。如构成敲诈勒索罪[⑤]，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪[⑥]，妨害作证罪[⑦]。三是诉讼诈骗行为成立犯罪，但具体成立何种罪名应视情况而定。如诈骗罪，帮助毁灭伪、伪造证据罪，拒不执行判决裁定罪，职务侵占罪，贪污罪等[⑧]。第三种观点，"修正的肯定说"。该观点认为，目前《刑法》只能对部分诉讼诈骗行为进行评价，至于其余无法定罪的诉讼诈骗行为的犯罪化问题，只能留给立法解决。[⑨] 其理由是，诉讼诈骗行为不应归类于三角诈骗[⑩]，在诉讼诈骗行为侵犯的双重客体中，对司法程序破坏的评价更能体现其法益侵害的本质。

笔者赞同肯定说中的第一种观点，即诉讼诈骗行为应认定为诈骗罪，并对其他观点提出商榷。

首先，"否定说"的观点是经不住推敲的。原因在于，持"否定说"观点的学者对于诈骗罪构成要件进行了限缩解释，将诈骗罪的基本结构解释为：行为人以不法所有为目的实施欺诈行为——被害人产生错误认识——被害人基于错误认识处分财产——行为人取得财产——被害人受到财产上的损害。[⑪]这种解释导致诈骗罪仅有直接诈骗一种形式，而将间接诈骗(或称"三角诈骗")排除在诈骗罪之外，使得那些主

---

① [日]大谷实：《刑法各论》，黎宏译，北京：法律出版社，2003，第188页。

② 潘晓甫、王克先：《伪造民事证据是否构成犯罪》，载《检察日报》，2002-10-10。

③ 张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，2003，第777页；张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第22页；刘明祥：《论诈骗罪中的财产交付行为》，载《法学评论》，2001(2)。

④ 苗生明、庄伟：《诉讼欺诈侵财是间接诈骗犯罪》，载《检察日报》，2003-05-30。

⑤ 王作富：《恶意诉讼侵财更符合敲诈勒索罪特征》，载《检察日报》，2003-02-10。

⑥ 2002年10月24日最高人民检察院法律政策研究室《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》。

⑦ 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)。

⑧ 浙江省高级人民法院、浙江省高级人民检察院《关于办理虚假诉讼刑事案件具体适用法律的指导意见》。

⑨ 于改之、周玉华：《诉讼诈骗行为的定性及相关问题研究》，载《法商研究》，2005(4)。

⑩ 黄龙：《"诉讼诈骗"批判》，载《刑法论丛》，2010(1)。

⑪ 张明楷：《刑法学》，北京：法律出版社，1997，第779页。

观上具有诈骗侵财的故意，客观上实施了虚构隐瞒行为，同时诈骗侵财行为与财产损失之间具有因果关系的行为逍遥法外。

其次，“肯定说”中认为诉讼诈骗行为应构成诈骗罪外其他犯罪的，或视情况而定罪的观点也难以成立。第一，“诉讼诈骗行为构成敲诈勒索罪”的观点欠妥。该观点认为犯罪嫌疑人利用国家权利“精神强制”，使被害人非自愿地交出财物从而构成敲诈勒索罪[①]。依此观点，此时法院变成了敲诈勒索的工具?! 实际上，被害人被迫接受财产转移或受限的不利后果，主要是因为被害人对于法律权威的尊重和认可，即在当事人双方参与诉讼之时，当事人实质上已经把相关财产的处置权暂时转移给了法院。第二，“诉讼诈骗行为构成伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪或者妨害作证罪”的观点需要质疑。该观点只强调了诉讼诈骗行为对于司法程序的侵害，而完全忽视了该行为对于被害人财产的侵害。事实上，行为人实施诉讼诈骗行为，主要目的正是侵财而非法院司法秩序[②]，我们不能因为其破坏司法活动的手段行为而否定其侵财的本质。第三，“诉讼诈骗行为视情况而定罪”的观点有待考证。该观点认为，诉讼诈骗行为根据其具体目的不同，而分别按照刑法第 266 条、271 条、280 条、307 条、313 条、382 条及 383 条处理。据此观点，诉讼诈骗行为应依犯意定罪，即诉讼诈骗行为出于何种动机，就应当判定为与此动机相对应的罪名。显然，在刑法理论上，这种“动机归罪”是解释不通的，何况依此理论，司法实践部门应当如何处理涉案罪名的未完成形态?

最后，“修订的肯定说”，即认为应该把问题留给立法部门的观点也有失偏颇。理由是：将诉讼诈骗行为评价为诈骗罪并不会导致司法不均衡。刑法评价的诉讼诈骗行为是指有侵财目的的诉争行为，而无财产目的的诉争行为[③]并不属于诉讼诈骗行为，这两种行为并不同质。在民事诉讼中，当事人在非取财目的下的虚假证据行为，只能按妨害民事诉讼的行为处理；但如果当事人以取财为目的时，该行为侵犯的法益发生了变化，则应当获罪，此时之所以获罪是因其行为侵犯了财产权而非妨害了司法活动，所以将诉讼诈骗行为评价为诈骗罪恰好可以平衡司法。

---

① 《诉讼诈骗，入罪正当时》，载《检察日报》，2010-07-09。

② 于改之、周玉华：《诉讼诈骗行为的定性及相关问题研究》，载《法商研究》，2005(4)。

③ 董玉庭：《论诉讼诈骗及其刑法评价》，载《中国法学》，2004(2)，文章中指出：无财产诉争目的的行为是指仅为伪造证据而无侵犯他人财产目的的诉讼行为。

二、诉讼诈骗行为入罪的立论根据

将诉讼诈骗行为以诈骗罪论处并不是什么法学新主张，早在1999年，就已经有学者开始对诉讼诈骗行为的相关问题进行了研究，[①] 然时至今日，诉讼诈骗行为应据何入罪仍没有定论，笔者认为，解决上述问题首先应理清诉讼诈骗行为入罪的依据。

(一)理论依据

诉讼诈骗行为之所以能够成立诈骗罪，最重要的依据就是其满足诈骗罪的犯罪构成，对其犯罪构成分析不应拘泥于法律条文中简明罪状的描述。因为，作为法律的解释者，心中应当永远充满正义，目光得不断往返于刑法规范与生活事实之间，[②] 面对诉讼诈骗行为不同于传统诈骗罪的新特点，在尊重法律的同时，也要尊重公正与良知，并不能仅仅拘泥于文字。[③] 在主观方面，诉讼诈骗行为人出于非法占有他人财物的目的具有直接故意；在客观方面，行为人以提起民事诉讼为手段，积极进行恶意串通，虚假陈述，伪造证据等行为，使法院产生错误认识并作出处分被害人财产的错误判决，从而使法院依据该错误判决将被害人的财产性利益转移，并最终遭受损失；在犯罪客体上，诉讼诈骗行为不仅侵犯了财产权，也侵犯了司法机关的正常审判活动。由此可见，诉讼诈骗行为完全符合诈骗罪的犯罪构成。

(二)历史依据

诉讼诈骗行为如何入罪，关键在于针对该行为所侵害的法益，如何实现罪刑法定。诉讼诈骗行为成立诈骗罪，是建立在对诈骗罪进行解释基础上的，该刑法理论的形成有其历史原因。鉴于我国原来的经济状况及司法实践中的案例，刑法理论对于诈骗罪的概括是合理的，但是传统的刑法理论对于诈骗罪行为的分析仅仅概括了典型的诈骗罪，随着社会的发展，很多新型诈骗行为开始出现，这些行为并没有为我国刑法关于诈骗罪的解释理论所包摄，如信用卡诈骗罪以及很多金融诈骗罪。在这些诈骗罪中，被害人也都不是自愿交付财物，在法律没有将该行为犯罪化之前都是作为诈骗罪来处理的，刑法规定之后，这

---

① 张平：《增设诉讼诈骗罪之建言》，载《国家检察官学院学报》，1999(4)。

② 张明楷：《刑法分则的解释原理》，北京：中国人民大学出版社，2004，序说第1页。

③ [美]本杰明·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，北京：中国法制出版社，2002，第86～87页。

些行为才单独定罪量刑。但这并不是说明，在法律没有规定之前对于新型犯罪我们就不能作为犯罪处理，事实上，正如马克昌先生认为，如果刑法没有将其独立成罪，按照诈骗罪处理是不存在任何问题的。[①]

(三)现实依据

近年来，随着诉讼诈骗现象日益呈多发态势，各地在司法实践中对诉讼诈骗行为按诈骗罪处理的判例已非少数，如湖北陈忠案[②]，兰州乔红霞案[③]。更有一些地方已经出台了明确规定指导实践，如浙江省高级人民法院与浙江省人民检察院联合出台的《关于办理虚假诉讼刑事案件具体适用法律的指导意见》中，第 6 条明确规定，以非法占有为目的，进行虚假诉讼，骗取公私财物的，按诈骗罪处理。这些都从一个侧面反映了司法机关肯定了诉讼诈骗行为按诈骗罪处理的入罪方式。

三、诉讼诈骗行为入罪应考量的因素

在司法实践中认定诉讼诈骗行为为诈骗罪，那么以下因素值得考量。

(一)实体方面的认定

1. 罪与非罪

依照《刑法》第 266 条诈骗罪的规定，"数额较大"或"情节严重"是诉讼诈骗行为构成诈骗罪的必要条件，否则不构成犯罪，即诉讼诈骗行为形成的诈骗罪依然是结果犯。特殊的是，在该类诈骗犯罪中，犯罪的对象应概括为财产性利益，[④] 并且诉讼诈骗行为与法院产生错误判决有直接因果关系，错误的裁判是定罪而非量刑情节。

根据刑法的谦抑性原则，凡是适用其他法律足以阻止某种违法行为，足以保护法益时，就不要将其定为犯罪。[⑤] 据此，对于民法能够抑制的侵犯财产行为，刑法就没有必要将其定罪。传统诈骗罪由于其简明罪状的表达方式，并没有明晰该罪的客体，对于"公私财物"外的

---

① 于改之等：《诉讼诈骗行为性质之认定》，载《法学评论》，2005(1)。

② 湖北省赤壁市陈忠实施诉讼诈骗赢了标的为百万元的大官司，后来通过再审程序，咸宁市中级人民法院才将实施诉讼诈骗的陈忠以诈骗罪处理，判处其有期徒刑 12 年，并处罚金 3 万元。参见：《湖北赤壁荒诞官司：诈骗犯赢了百万大官司》，http：//news.163.com。

③ 《诉讼诈骗，入罪正当时》，载《检察日报》，2010-07-09。

④ 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006，第 21 页。

⑤ 张明楷：《刑法的基础概念》，北京：中国检察出版社，1995，第 143 页。

财产性利益是否属于刑法的保护范畴，没有明确规定，但是如果认为只有"公私财物"才能成为侵犯财产罪的法益，就意味着当民法不足以保护所有权时，由刑法保护；而当民法不足以保护其他财产性利益时，则不能由刑法保护，只能予以放任，这显然不利于保护财产。由此，财产性利益作为诈骗罪的对象具有现实的妥当性。

在民事诉讼中，在行为人的行为没有与其他罪名想象竞合的前提下，如果行为人仅有伪造证据的行为，而没有非法取得他人财产时，即法院没有因当事人的诉讼诈骗行为而造成错误判决时，仅应构成妨害民事诉讼行为，不应该作为其他犯罪处理。行为人在实施诉讼诈骗的过程中有《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第102条规定的妨害民事诉讼的情形，可以依据《民事诉讼法》第102条、第104条的规定对行为人处以1000元以下的罚款或者十五日以下的拘留；如果行为人诉讼诈骗行为数额不大，情节也并不严重，同样也不构成犯罪，而仅承担相应的民事责任。

2. 数额认定

诉讼诈骗行为的数额认定应以诉讼诈骗人非法取得的他人财物的数额为标准。诉讼诈骗行为发生在有两种情形下：一是"无中生有型"，即行为人与受害人之间根本不存在任何民事法律关系，行为人通过伪造合同或协议的方式捏造一个完全虚假的民事法律关系，继而向法院提起民事诉讼，骗取法院的信任，并借助于法院的强制力非法取得他人财物；二是"锦上添花型"，即诈骗人与受害人之间已经有民事法律关系存在，行为人在原有民事法律关系的基础上，通过变造合同或协议约定的内容，制造一个部分虚假的民事法律关系，并向法院提起民事诉讼，骗取法院的信任，并借助于法院的强制力非法占有受害人财物。对于"无中生有型"，法院判决转移给诈骗人或第三人的财物之数额，就是诈骗罪的数额；对于"锦上添花型"，由于诈骗人与受害人之间早已存在一个真实的民事法律关系，所以法院判决转移财物的数额中可能包含有诈骗人应得的财产，转移财物的数额未必都是诈骗罪的数额，只有在减去诈骗人应得财物后剩下的部分，才是诉讼诈骗行为非法获得的数额，即诈骗数额，以免矫枉过正。

同时，诈骗罪的数额不仅是定罪的重要标准，也是量刑的主要依据。对于行为人实施诉讼诈骗行为而支付的费用，如中介费、手续费、回扣等，或者用于行贿、赠与等费用，均应计算在诈骗罪的犯罪数额内，但案发前已归还的数额应予以扣除。

3. 犯罪形态

诉讼诈骗行为不是行为犯，作为结果犯，其在理论上存在预备、中、未遂和既遂。其预备形态为，行为人为诉讼诈骗而进行的积极的伪造证据或者隐瞒事实真相的行为。在此过程中，犯罪以提起诉讼并向法庭出示证据为着手。法院在受理诈骗人的虚假诉讼后，并没有陷入错误认识，或者虽已陷入错误认识但并未作出财产处分决定，或者虽已作出财产处分决定但还未将受害人的财产转移给诈骗人或第三人所有的，属于未遂。行为人在虚假证据出示后，法院判决前向法院撤回证据或者提出证据为虚假的，属于犯罪中止。

对于该种情况下诈骗罪的未遂，情节严重的，应当依法定罪并处罚①，但对于其预备和中止行为应当如何入罪，则值得进一步研究。在理论上作为犯罪形态，诉讼诈骗行为导致的诈骗罪的确存在预备和中止形态，根据罪刑法定原则对于该种犯罪形态也应当定罪量刑。但实际上，从该行为的违法性及产生的社会危害性来看，诈骗罪的预备和中止都没有造成法院的错误判决，继而没有非法取得他人财产。此时，在行为人的行为没有触及其他罪名的前提下，该行为在民事诉讼的相关法律规定中完全可以被消化。所以，笔者认为，对于诈骗罪中预备和中止以及非情节严重的未遂形态，结合《刑法》第 13 条的规定，以及宽严相济的刑事政策，从节约司法资源的角度来看，应当非刑罚化处理。

4. 罪数关系

区分罪数的标准是：确定是否单纯一罪时，应以构成要件说为标准；在持续犯、吸收犯等包括一罪的场合，应将行为数量和法益数量结合起来作为标准；在想象竞合犯、牵连犯等科刑一罪的场合，应以行为数量为标准。② 总体看来，因为以财产性利益为目的，诉讼诈骗行为不同于恶意诉讼行为③，所以，以非财产性利益为目的的诉讼行为不在诉讼诈骗行为的评价范围之内。

具体来看，以诉讼诈骗行为作为手段，为了骗取有利于行为人的胜诉判决，往往使用了积极的伪造证据的手段，这些手段大多为法律

---

① 根据 1996 年 12 月 24 日《最高人民法院关于审理诈骗罪具体应用法律的若干问题的解释》，已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂的，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。

② [日]平野龙一：《刑法总论 Ⅱ》，东京：有斐阁，1975，第 408 页；[日]山口厚：《刑法总论》，东京：有斐阁，2001，第 311 页。

③ 于锐：《对恶意诉讼的程序规制》，载《黑龙江社会科学》，2010(1)。

所禁止，在这种情况下，诉讼诈骗行为引起的诈骗罪应注意与以下几类罪名的交叉。

第一，手段—目的型牵连关系犯罪，如与伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪；妨害作证罪；帮助毁灭、伪造证据罪。在此前提下的诈骗罪与《刑法》第 280 条、第 307 条规定的三个罪名出现了手段—目的的牵连关系，即手段行为与目的行为触犯了不同的罪名，笔者认为，对于此种牵连犯原则上从一重罪处断，即应当按诈骗罪处理。

第二，消极财产性利益增加型犯罪，如拒不执行判决、裁定罪。此种情况是指，法院已经生效的判决裁定涉及财产性利益时，当事人积极伪造证据，并提起诉讼，目的是拖延生效判决的执行，从而使被害人的财产性利益受到损害。此时应注意的是，该种诉讼诈骗行为的目的不是对财产性利益的积极争取，而是以另一种方式使财产增加——消极增加，但是二者并没有本质区别。[①] 笔者认为此时，该行为符合想象竞合，原则上应当按其中一个重罪定罪处罚。

第三，特殊身份的犯罪，如利用身份职能的犯罪：如职务侵占罪、贪污罪等。在此中情况是指，诉讼诈骗行为人由于其特殊身份及侵犯法益的特殊性，导致刑法对其进行了特殊规定，遵从法律的特殊规定优于一般规定的原则，此时应根据法律的特殊规定予以处罚，即成立职务侵占罪或贪污罪。

(二)程序方面的认定

由于诉讼诈骗行为构成诈骗罪以行为人向法院提起虚假的民事诉讼为前提，既涉及民事诉讼程序，又涉及刑事诉讼程序，所以程序上如何衔接也是值得考虑的一个问题；否则，既不利于对犯罪的惩治，也可能不当地侵害公民的合法权利，并且造成司法资源的浪费。由于诉讼诈骗行为有不同的发展过程(预备、未遂或既遂)，因此，程序上的处理也有不同，大致有三。

第一，如果行为人为实施诉讼诈骗而事先伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章并以该印章伪造或变造有关合同或协议，但还未向法院提起诉讼的，可直接启动刑事诉讼程序，追究行为人伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章行为的刑事责任。

第二，如果法院已经受理诈骗人的虚假诉讼，但并没有陷入错误认识，或者虽已陷入错误认识但并未作出财产处分决定的，可直接由

---

① 此种行为在日本刑法中一般按照诉讼欺诈处理。

民事诉讼转入刑事诉讼，原来的民事诉讼程序停止进行。

第三，如果法院已经受理诈骗人的虚假诉讼并已作出财产处分决定的，则终止执行该民事裁判；已经执行的直接向当事人追缴赃款赃物即可，原来的民事判决如不属于枉法裁判，就没有必要启动再审、执行回转的烦琐程序，以尽早惩治犯罪人，保护公私财产并节省司法资源。

四、结　语

将诉讼诈骗行为作为诈骗罪处理并非我国所特有，在日本、德国以及我国台湾地区，都是将诉讼诈骗行为作为诈骗处理，只不过各地名称略有差异。以日本为例，马克昌先生曾就诉讼诈骗行为的处理专门询问了日本刑法学者中森喜彦教授，后者解释道，在日本，诉讼诈骗和三角诈骗并不是两个完全相同的概念，尽管诉讼诈骗不是典型的三角诈骗，但应构成犯罪，作为利益诈欺罪处理是合适的，[①] 由于日本刑法规定了利益诈欺罪，所以可以将其作为利益诈欺罪处理；在我国，刑法虽然没有规定利益诈欺罪，但从对诉讼诈骗行为以及诈骗罪的结构分析可以看出，将诉讼诈骗行为作为诈骗罪处理完全符合我国刑法规定。

---

① 于改之、赵慧：《论诉讼诈骗行为之认定》，载《法学评论》，2005(1)。

司法认定视野下的合同诈骗罪与诈骗罪之界限

梅传强[*]　胡　江[**]

仅仅从刑法理论的角度来看，合同诈骗罪与诈骗罪的界限较为明确，两者并不存在太大的区分困难。通常认为，两者在逻辑上是一般与特殊的关系，两者存在很多共同之处，例如，都侵犯了他人的财产权益，都是采用虚构事实或者隐瞒真相的方式骗取他人财物等。至于两者的区别，刑法理论上往往套用我国犯罪构成的基本理论，从犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面四个方面进行分析，还有学者从法定刑设置的角度对两者进行比较。① 但是，诈骗犯罪在实践中的表现形式却十分复杂，从而导致在司法实践中难以准确认定具体犯罪行为的性质。特别是由于我国刑法在诈骗罪之外，还规定了金融诈骗犯罪和合同诈骗罪等特殊的诈骗犯罪，这些犯罪在客观上具有很大的相似性，要准确区分其界限显然是纯粹的理论分析所难以胜任的。本文拟从司法认定的角度，运用相关的刑法理论知识，并结合部分具体的实践案例，对如何准确认定合同诈骗罪和诈骗罪的界限予以分析。

一、合同诈骗罪与诈骗罪界限的理论标准

我国刑法理论通说认为，犯罪构成是区分罪与非罪、此罪与彼罪的具体标准。② 虽然刑法学界近年来对通说的犯罪构成理论有诸多的批判，甚至有学者主张完全采用德日等国家的三阶层理论体系，但由于改革开放以来的刑法学教育基本上是以现行通说的犯罪构成理论为

---

* 西南政法大学法学院教授、博士生导师，法学博士。

** 西南政法大学法学院博士研究生。

① 沙君俊：《合同诈骗罪研究》，北京：人民法院出版社，2004，第 239 页。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》(第 3 版)，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2007，第 56 页。

主要内容的，司法人员所接受的教育和培训也基本上是通说的犯罪构成理论及相关知识，因而“在我国的司法实践中，将行为是否符合犯罪构成视为认定犯罪的根据，已是较为常见的做法”①。在这样的背景下，本文只是在考虑我国司法实践基本现实的基础上，将通说的犯罪构成理论作为分析的理论根据，而无意对诸种犯罪构成理论的优劣作出评述，更无意将犯罪构成理论之争引入到本文的分析之中。因此，必然的结论就是：合同诈骗罪与诈骗罪界限的标准只能是犯罪构成，亦即两者的犯罪构成不同是区分两者界限的标准。但是，这样的标准并不能为司法认定提供应有的指导，我们必须结合犯罪构成理论和合同诈骗罪、诈骗罪的犯罪构成寻求具有可操作性的区分标准。

(一)犯罪客体可以作为区分标准

就犯罪客体而言，两罪分别规定在《刑法》分则不同的章节之中。其中，合同诈骗罪规定在《刑法》分则第三章第八节的“扰乱市场秩序罪”中，而诈骗罪则规定在《刑法》分则第五章“侵犯财产罪”中。之所以作出这样的规定，是因为合同诈骗罪作为一种特殊的诈骗犯罪，它不仅侵犯了他人的财产权益，还侵犯了正常的市场秩序，而且对正常市场秩序的侵犯是其主要的危害特征。从理论上看，诈骗罪侵犯的客体只有一个，而合同诈骗罪侵犯的则是双重客体。虽然有学者批判犯罪客体的形骸化、抽象化，认为“犯罪客体在起诉书中只是一种摆设而已”②。但需要注意的是，在通说的犯罪构成理论中，任何一个要件都不足以成为犯罪的标准，犯罪客体本身也需要同其他三个要件一起才能发挥犯罪构成定罪根据的功能。同时，犯罪客体虽然以社会关系为内容，虽然社会关系确实具有抽象性，但并非不可证明。在哲学上，社会关系是人们在生产劳动中形成的人与人之间的关系，因而对社会关系的判断完全可以依赖于具体的社会活动以及社会关系的参与主体。究竟是只侵犯了财产权益，还是与此同时还侵犯了正常的市场秩序，这在实践的层面是可以认定的，因而犯罪客体可以作为区分合同诈骗罪和诈骗罪的具体标准。

(二)犯罪客观方面可以作为区分标准

就犯罪客观方面而言，两罪存在比较大的区别，这也是实践中需要重点区分的内容。合同诈骗罪是指以非法占有为目的，在签订、履行合同的过程中，以虚构事实或隐瞒真相的方法骗取他人财物的行为；

---

① 陈忠林：《现行犯罪构成理论共性比较》，载《现代法学》，2010(1)：168。

② 付立庆：《犯罪构成理论：比较研究与路径选择》，北京：法律出版社，2010，第54页。

诈骗罪是指以非法占有为目的，以虚构事实或隐瞒真相的方法骗取他人财物的行为。不难发现，两罪的主要区别在于：合同诈骗罪发生在签订、履行合同的过程中，而诈骗罪则没有这一要求。同时，《刑法》第 224 条规定了 4 种具体的行为方式，而且还规定了“以其他方法骗取对方当事人财物”这一概括性条款，但《刑法》关于诈骗罪行为方式的规定却只有“诈骗公私财物”这一简单的表述。实践中对两罪界限的把握主要是通过对客观方面的区别来实现的，所以，犯罪客观方面的不同是区分合同诈骗罪和诈骗罪的主要判断标准。

(三)犯罪主体可以作为区分标准

就犯罪主体而言，合同诈骗罪的主体既可以是自然人，也可以是单位；而诈骗罪的主体只能是自然人。而在司法实践中需要注意的就是，毕竟单位是人的集合，单位犯罪的实际实施者也是个人，在单位实施合同诈骗罪的情形，其外在表现形式却可能是自然人所实施，因而就存在两种情形：一是单位实施的合同诈骗罪；二是单位主管人员或者直接责任人员实施的形似合同诈骗实质上是诈骗罪的情形。在实践中认定合同诈骗罪与诈骗罪的界限，需要特别注意区分这两种不同的情形。

(四)犯罪主观方面不能作为区分标准

就犯罪主观方面而言，合同诈骗罪与诈骗罪都是故意，而且都具有非法占有的目的。因此，两罪在主观方面的表现形式完全一致，实践中的难点在于如何认定行为人具有非法占有的目的，但这与区分合同诈骗罪和诈骗罪的界限没有太大的关系，因而本文对此不展开论述。

经过上述理论分析可知，要准确认定合同诈骗罪与诈骗罪，必须在犯罪构成理论的指导下，重点从犯罪构成的几个方面进行判断，将具体的案件事实涵摄于犯罪构成各要件之下进行具体的判断。所以，本文将分别从犯罪客体、犯罪客观方面和犯罪主体三个方面，对实践中如何认定合同诈骗罪与诈骗罪的界限予以分析。

二、侵犯正常市场秩序的实践认定

要准确认定合同诈骗罪与诈骗罪的界限，其首要的区分标准在于行为是否侵犯正常的市场秩序。正常市场秩序是维护市场参与主体合法权益的重要保障，也是通过法律法规加强市场管理所要实现的目的。就合同诈骗罪而言，它是通过对合同管理法律法规的违反而侵犯他人的财产权益和正常市场秩序的。众所周知，合同是约定自然人、法人

等平等的市场参与主体的权利、义务的协议，为了保护合同当事人的利益，我国制定了《合同法》这一民事领域的重要法律。《合同法》第7条明确规定："当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。"此外，《合同法》第52条规定了合同无效的5种情形：(1)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；(2)恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；(3)以合法形式掩盖非法目的；(4)损害社会公共利益；(5)违反法律、行政法规的强制性规定。诚然，《合同法》等法律法规关于合同订立、履行、违约责任以及合同无效等问题的规定主要是涉及民事责任问题，刑法作为其他部门法律的保障法，对合同诈骗罪的认定不能直接以《合同法》的规定为依据，而必须以《刑法》规定的犯罪构成为标准。

(一)民事欺诈与合同诈骗罪的界限

合同诈骗与民事欺诈行为在表现方式上有一定的相似性，但二者在欺诈的程度以及侵害的利益等方面还是有较大的区别。合同欺诈是一种民事违法行为，主要侵犯的是合同对方当事人的权益；而合同诈骗行为则主要是借合同的形式实现非法占有的目的，其危害性质更为严重。例如，2003年11月至2004年11月，甲工程机械公司与41户购车户签订了《机动车、农牧业机械买卖还款协议书》。除购车有关费用外，甲公司又向购车户收取公证费80元，并口头约定该笔钱是用于对所签订的协议进行公证的费用，自称是为了提高合同的履约率。事实上，甲公司在收取41户公证费3280元后，根本未到当地公证部门办理公证手续①。本案中，甲公司在签订、履行合同过程中，没有按照《合同法》的规定全面履行自己的合同义务，而是将收取的公证费据为己有；为了获取这笔公证费，甲公司也作出了用于公证的虚假承诺，且该公证是为了保证购车合同的履行。因此，甲公司虽然存在欺骗行为，但其性质并非合同诈骗，而只是一种民事欺诈行为，主要侵犯的还是对方当事人的利益，不能构成合同诈骗罪。但是，"合同诈骗犯罪行为与合同欺诈行为之间存在转化关系"②，如果行为人完全没有履行合同的能力而实施民事欺诈行为，且获取财物数额较大时，此时其行为已非民事违法所能包容，所以应当以合同诈骗罪论处。

---

① 案例来源：国家工商行政管理总局，http://www.saic.gov.cn。

② 王作富主编：《刑法分则实务研究》(中)，北京：中国方正出版社，2007，第806页。

(二)正常市场秩序与财产权益的界限

如果一个诈骗行为仅仅只是侵犯了他人的财产权益，那它是绝无可能被认定为合同诈骗罪的，要构成合同诈骗罪，不仅要看行为是否侵犯了他人的财产权益，更要看行为是否侵犯正常的市场秩序。例如，付某与王某虚构自己是××大学的招生代表，宣称只要花钱就能帮助未达高考分数线落榜的高中毕业生以统招身份就读××大学。为此，被告人付某伪造了身份证明并私刻了××大学印章，先后骗取了李某等4人及其家长的信任，与其签订了虚假的“招生协议”，并收取被害人及其家长支付的现金31 700元。所得现金由付某、王某二人瓜分且绝大部分用于挥霍。本案中，付某与王某为了获取他人财物，虚构自己是××大学的招生代表，为了使被害人产生认识错误，二人还伪造了身份证明并私刻了大学印章，通过签订“招生协议”的方式骗取学生及家长的财物，其行为完全符合诈骗犯罪的基本构造。问题的关键在于行为人获取财物的过程中签订了合同性质的“招生协议”，因而与合同诈骗罪有一定的相似之处，导致关于本案的认定存在诈骗罪、合同诈骗罪的争议①。其实，这一争议的实质问题在于付某和王某的行为是仅仅侵犯了他人的财产权益，还是同时侵犯了正常的市场秩序。由于招生工作并不是市场行为，招生单位和考生也不是市场参与主体，招生过程中双方签订的协议也有别于市场活动中的合同。因此，付某与王某虽然与考生签订了招生协议，但其行为主要不是对正常市场秩序的侵犯，而是采用诈骗的方式获取他人财物，只应构成诈骗罪。

需要特别注意的是，在通常情况下，“一个诈骗行为同时触犯普通诈骗罪和刑法分则的其他特别条文的，应按照法条竞合中特别法优于普通法的原则适用。”②对此，《刑法》第266条也明确规定“本法另有规定的，依照规定”。但是，如果行为人的行为虽然不符合合同诈骗罪的犯罪构成但符合诈骗罪的犯罪构成时，应当对其适用诈骗罪追究刑事责任。因此，“如果行为人实施特殊诈骗行为，但又不符合特殊诈骗罪的构成要件，而符合普通诈骗罪的构成要件时，则以普通诈骗罪论处。”③实践中常见的问题是，由于司法解释对于个人诈骗立案标准的规定是2000元为“数额较大”，而对于个人合同诈骗立案标准的规定却是5 000元至20 000元以上应予追诉。因此，对于个人实施合同诈骗

① 邓多文：《论合同诈骗罪与诈骗罪的界限》，载《兰州学刊》，2009(4)：145。

② 周光权：《刑法各论讲义》，北京：清华大学出版社，2003，第129页。

③ 张明楷：《刑法学》(第3版)，北京：法律出版社，2007，第739页。

行为，但其数额已超过2 000元，却未达到合同诈骗罪的追诉标准的，此时应当认定为诈骗罪，而不能以行为人不构成合同诈骗罪为由宣告其无罪，这是坚持刑法的体系解释和遵循普通法条、特殊法条关系的必然结论。

三、"签订、履行合同过程"的判断

依照《刑法》第184条的规定，合同诈骗罪发生在"签订、履行合同过程中"，而诈骗罪的成立则没有这一要求。因此，有论者认为，区分诈骗罪与合同诈骗罪的关键在于诈骗行为是否发生在签订、履行合同过程中，利用合同的形式骗取公私财物或者财产性利益；或者说是不是以合同这种交易的形式为名进行的，只要正确地把握什么是"合同"，那么二者的界限就很明显了。[①] 但是，在诈骗罪中，行为人为了使对方陷入认识错误，也可能通过合同的形式来实施诈骗。因此，对刑法规定的"签订、履行合同过程"的判断，必须考虑到司法实践中犯罪行为的复杂性，区别认识每一种行为方式的实质特征。

(一)有无合同不是区分的唯一标准

1. 合同的形式多种多样

按照《合同法》第10条的规定，合同的形式多种多样，除了最典型的书面合同形式之外，还包括口头形式的合同以及其他形式的合同。在经济往来中，双方当事人可以自行约定合同的形式，当双方约定采用口头或者其他形式的合同时，从表面上看双方似乎不存在"合同"，但这并不影响双方之间合同关系的成立，只是没有可以客观展现的书面合同而已。所以，合同诈骗罪中的"合同"应从实质上予以理解，它不仅包括书面合同，也应当包括口头合同和其他形式的合同。在司法认定过程中，要注意认定双方当事人之间的行为性质，不能因为没有书面的合同而否认双方合同关系的存在，也不能仅仅以是否存在书面合同作为区分合同诈骗罪与诈骗罪的标准。例如，秦某以虚构的A公司名义，向B公司订购窗帘配件。双方经口头协商，对货物名称、规格、数量、价格、交货日期等事项达成一致，并约定了付款期限。后秦某从B公司提取价值5万元的窗帘配件15 000套，将货物用于抵债后逃逸。秦某以虚构的A公司名义与B公司就订购窗帘配件进行协商并达成一致，双方虽未签订书面合同，但并不影响双方合同关系的成

① 栗畅：《诈骗罪与合同诈骗罪的区别》，http：//www.chinacourt.org。

立，秦某的行为符合合同诈骗罪的构成特征。正因为如此，“区分合同诈骗罪与普通诈骗罪时，不能简单地以有无合同为标准。”①

2. 诈骗罪也可能存在合同

在诈骗罪中，行为人为了使对方陷入认识错误，也可能与对方签订合同。因此，诈骗罪中也可能存在合同。对这种情形的认定，主要应当考察该合同是否属于经济往来活动中的合同，行为人骗取对方财物主要是通过合同实施，还是仅仅将签订合同作为实施犯罪的一种具体手段。如果行为人虽然与对方签订了合同，但行为人获得财物并不是利用合同实施欺骗的结果，而是通过虚构其他事实或者隐瞒其他真相而获得的，在这种情况下，即使在犯罪过程中存在合同，也应当认定为诈骗罪。例如，甲以开发药材生产基地为借口，伪造了相关部门的行政批文等材料，骗取村民乙、丙等多人投资共同参与建设，并与村民签订了开发建设合同。甲在取得乙、丙等村民交付的建设款之后携款潜逃。本案中，甲与村民乙、丙等人虽然签订了开发建设合同，但该合同并非在经济往来之中，而是双方打算共同投资建设的约定，甲主要是以虚构开发建设的名义并隐瞒没有相关部门批文的真相骗取村民信任，其签订合同只是骗取村民财物的一种掩盖形式，其实质是普通诈骗行为，应构成诈骗罪。

(二)利用非经济合同实施诈骗的认定

《合同法》第9章至第23章规定了15类合同形式，但是，并非所有的合同形式都属于经济往来活动中的合同。因此，除了经济领域的合同之外，还存在着大量的非经济合同。非经济合同并不是为了保障市场经济的正常秩序，因而在签订、履行非经济合同的过程中实施了诈骗行为的，不能认定为合同诈骗罪。就《合同法》规定的15类合同形式而言，有的合同只可能存在于经济往来活动之中，如融资租赁合同、建设工程合同等；而有的合同则既可能存在于经济往来之中，也可能存在于普通民事行为之中，结合诈骗犯罪的实际情况，这类合同主要是指借款合同和赠与合同。此外，在《合同法》的规定之外，还存在着其他形式的合同，主要是指身份合同、劳动合同和行政合同。这些非经济合同各自属于不同的领域，适用不同的法律调整，当行为人利用非经济合同实施诈骗行为的，不能认定为合同诈骗罪。

1. 借款合同

借款合同既可能发生在经济往来活动之中，也可能发生于公民个

① 张明楷：《刑法学》(第3版)，北京：法律出版社，2007，第628页。

人之间。对于借款合同中能否成立合同诈骗罪，应当区别对待。对于法人(单位)与法人之间、法人与个人之间基于经济往来而签订的借款合同，应当属于合同诈骗罪中的合同；对于公民个人之间实施的借款行为，只要不是基于经济往来而产生，通常应当认定为是普通自然人之间的民事行为，不宜将其认定为经济往来活动中的合同。因此，对于在借款合同中存在诈骗的情形是构成合同诈骗罪还是诈骗罪，认定的关键就在于考察合同是否基于经济往来而签订，如果是基于经济往来而签订则可以构成合同诈骗罪，如果不是则属于诈骗罪。①

2. 赠与合同

赠予合同是一方将自己财物无偿赠与对方的约定。就赠与合同关系而言，它主要是涉及赠与人和受赠人的权利义务关系，双方之间的关系并不是经济活动中的行为，因此，在通常情况下，赠与合同不适用经济活动中的法律。实践中需要注意的是两种情况：一是受赠人通过诈骗获得赠与的情形。受赠人为了获得赠与，虚构事实或者隐瞒真相的，一般不能以合同诈骗罪处理，如果符合诈骗罪的犯罪构成，可以认定为诈骗罪。二是赠与人隐瞒已经赠与的事实而转让财物所有权。例如，赵某将自己所有的一套楼房赠与其子，并在公证处办理了赠与公证。之后，赵某隐瞒已将该套楼房赠与其子的事实，通过中介与范某签订房屋买卖协议书，以 16 万元的价格卖给范某，从而骗取范某的购房首付款人民币 9.5 万元。本案中，赵某隐瞒已将房屋赠与他人的事实，继续与他人签订卖房合同并骗取首付款，这种情形属于合同诈骗罪。

3. 身份合同

由于身份涉及人的尊严，所以，在一般情况下，双方当事人不能就身份进行合同约定。此外，由于身份往往是基于血缘或者法律关系而产生，因而当事人自行约定的自由空间较小。例如，在旧社会所存在的所谓“卖身契”②就是一种典型的身份合同。在当代法治社会，有关法律已经对身份合同作了严格的限制性规定，类似旧社会的签订“卖身契”等做法已为法律所禁止，但这并不影响身份合同的存在。《合同

---

① 当然，对于自然人之间发生的诈骗性质的普通借款行为，要准确界定诈骗罪与普通民事纠纷的界限，不宜将所有存在欺诈行为的借款纠纷都认定为诈骗罪。

② 浙江省绍兴县档案馆即存有一件亲生母亲为生活所迫，不得已将儿子卖与寺庙为僧的卖身契。契约内容：“今因……口食难肚，将三子周炳炎……情愿挽中削发出家，于本府山阴县深云禅寺，投拜莲元大禅师为徒。拔剃之后，任凭教训。倘若夜晚山水不测，各从天命……丙批当付身价洋银拾元正。恐后无凭，立此并照。外加盘费洋争贰元三角。”

法》第2条规定："婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。"例如，在协议离婚的情形，《婚姻法》规定夫妻的共同财产由双方协议处理，因此，在签订财产分割协议的过程中，如果一方为了获取法定范围之外的财物，进而实施相应的欺骗行为，如伪造借据，谎称欠他人财物，进而将这部分财产以清偿债务为名据为己有。对此，行为人取得财物在于实施欺骗行为，致使另一方产生该债务真实存在的错误认识进而处分财产，这种情形也不属于合同诈骗罪中的诈骗行为，如果行为人骗取财物的数额较大，应当认定为诈骗罪。

4. 劳动合同

2007年6月，我国制定了《劳动合同法》，其立法目的在于完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系。因此，劳动合同主要不是为了维护正常的市场秩序，这使得其与在经济往来中的经济合同存在本质区别。由于劳动合同是一种特殊的合同，在签订、履行劳动合同的过程中骗取对方财物的，不属于合同诈骗罪。行为人在签订劳动合同的过程中，虚构或者隐瞒相关事实，骗取劳动者财物的，如果符合诈骗罪的构成特征，应当以诈骗罪进行处理。例如，甲利用伪造的身份证，以虚构的A公司的名义并伪造营业执照，租用了一写字楼作为办公地点，并在互联网和报纸上刊登招聘员工的广告。甲对前来的应聘者每人收取150元到200元不等的"风险抵押金"，双方签订了劳务合同，约定了一个月的试工期，试工期满风险抵押金如数退还。甲在收取20多位应聘者的"风险抵押金"共计人民币4000余元后逃匿。本案中，甲以虚构的公司与应聘者签订劳动合同，为了让应聘者产生错误认识，甲还伪造了营业执照并租用了办公场所，但其实质在于骗取应聘者缴纳的所谓"风险抵押金"，应当构成诈骗罪。

5. 行政合同

行政合同是现代行政法上一种重要的行政管理手段，通过行政合同的签订、履行，能够有效保证行政机关履行法定职责，从而保障行政当事人的合法权益。在行政合同双方当事人因合同内容和合同履行等问题发生争议时，应当按照行政法规定的纠纷解决方式处理。因此，行政合同属于行政法调整范围，也有别于经济往来中的经济合同。实践中，行政合同存在的领域和形式主要包括国有土地使用权出让合同、公用征收补偿合同、国家科研合同、农村土地承包合同等。以国家科研合同为例，它是由相关行政机构和科研机构、科研人员就开展科学研究而签订的协议，一般由国家提供资助，由科研机构或者科研人员

开展课题研究，并提供科研成果。实践中，在各类课题、项目的研究过程中，资助方都会与项目研究者签订协议。如果科研机构或者科研人员以虚构事实或者隐瞒真相的方式获得相关科研项目立项，并致使相关行政机构与其签订科研合同，科研机构或者科研人员据此将科研经费据为己有的，其行为过程中虽然有合同，但并不属于合同诈骗罪中的“合同”，只要查实科研机构或者科研人员在获得科研经费的过程中存在诈骗行为，且将科研经费据为己有而不用于科学研究或根本就无能力完成科学研究的，可以认定为诈骗罪。

(三)以合同形式实施的诈骗行为认定

如前所述，在诈骗罪中同样可能存在合同，普通诈骗行为也完全可以在合同形式的掩盖之下实施，这无疑增加了准确区分合同诈骗罪和诈骗罪的难度。有论者认为，“合同诈骗罪的本质在于利用合同进行诈骗，合同诈骗等于合同加诈骗，而诈骗等于欺诈加非法占有目的。”[①]这一说法未能注意到合同诈骗罪和诈骗罪在基本构造上的一致性和诈骗罪在客观表现形式上的多样性。事实上，合同诈骗罪和诈骗罪二者在基本构造上是一致的，即都要求“行为人实施欺骗行为——对方产生错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人(第三者)取得财产——被害人遭受财产损失”[②]。即使撇开这一理论上的构造，“虚构事实”和“隐瞒真相”也是常见的关于诈骗罪客观方面的描述，“合同诈骗罪作为诈骗犯罪的一种特殊形式，其手段千变万化，但总离不开‘虚构事实’和‘隐瞒真相’这一基本手段。”[③]正因为如此，有的著述明确指出合同诈骗罪的在客观方面表现为“在签订、履行经济合同过程中”实施的行为，[④] 结合刑法分则将合同诈骗罪规定在破坏市场经济秩序罪中的体系设置，把合同诈骗罪中的合同限定为经济合同不无道理，而且是有其法定依据的。在行为人实施诈骗行为，但同时存在合同形式的场合，究竟应当认定为合同诈骗罪，还是认定为诈骗罪，关键在于考察合同的性质，如果合同是经济往来活动中的合同，且行为人系通过该合同非法取得财物的，应当认定为合同诈骗罪；如果行为人只是将合同作为实施诈骗行为的一个幌子，或者活动不属于经济往来活动中的合同，则应当认定为诈骗罪。所以，在区分合同诈骗罪和诈骗

---

① 徐立、周铭川：《试论合同诈骗罪的本质》，载《律师世界》，2002(11)：33。

② 张明楷：《刑法学》(第3版)，北京：法律出版社，2007，第735页。

③ 沙君俊：《合同诈骗罪研究》，北京：人民法院出版社，2004，第27页。

④ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》(第3版)，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2007，第506页。

罪的界限时，一定要摒弃以是否存在合同为判断标准的做法。实践中，在合同形式的掩盖之下实施诈骗行为，最终被认定为诈骗罪的例子并不少见[①]，这是值得肯定的。

四、单位合同诈骗与自然人诈骗的界限

合同诈骗罪既可以由自然人构成，也可以由单位构成；而诈骗罪只能由自然人构成，这是二者在犯罪主体上的界限。从犯罪主体的角度认定合同诈骗罪与诈骗罪的界限，实践中主要涉及以下两种情形的认定。

(一)单位合同诈骗与自然人合同诈骗的界限

单位犯罪的成立以法律有明确规定为前提，《刑法》第 231 条的规定表明，合同诈骗罪可以由单位构成。在单位合同诈骗罪的情况下，犯罪行为只能以单位的名义实施并且体现单位意志必须由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，由直接责任人员实施的。因此，“以单位名义实施的合同诈骗与单位合同诈骗是两个不同的概念。”[②]如果行为人盗用、冒用单位名义实施合同诈骗犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，或者单位内部成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施合同诈骗犯罪的，或者单位内部成员实施与其职务活动无关的犯罪行为的，都不属于单位合同诈骗犯罪，应当成立自然人合同诈骗罪。值得注意的是，对私营公司、企业合同诈骗行为的认定，尤其是对于独资公司实施合同诈骗的情形，其个人行为和公司行为往往很难区分。对此，首先需要明确的是，如果个人独资、私营公司、企业具有法人资格，则完全属于《刑法》第 30 条规定的单位，可以成立单位犯罪。但是，即使是个人独资公司、私营公司等，也应当依照法律规定建立相应的财务制度，公司财产和个人财产是相分离的，所以，行为人如果以单位名义实施合同诈骗行为，所得财物也按照规定划入公司账目，通常可以认定为单位犯罪；而如果行为人将所得财物用于自己挥霍、使用的，则应认定为自然人犯罪。

此外，依照最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》之规定，个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。实践中，有的行为人为了

---

① 《浙江省德清县人民法院刑事判决书》(2008)德刑初字第 115 号。

② 段启俊：《单位合同诈骗罪若干问题研究》，载《中国刑事法杂志》，2005(2)：38。

非法骗取他人财物而设立公司，然后，在签订、履行合同的过程中采取《刑法》第224条规定的方式骗取他人财物，这种情形虽然有公司的存在，但依法不应当认定为单位合同诈骗罪，而只应当以合同诈骗罪追究自然人的刑事责任。例如，李某采取虚假出资的方式设立了××公司，后李某以××公司的名义与两家单位签订煤炭买卖合同，获得煤炭后立即以低价转卖给他人，但并未将所得款项用于支付两家单位的购买煤炭款，而是用于给自己购买小轿车和支付个人购房费用，造成两家单位经济损失130余万元。本案中，李某表面上是以公司名义实施的行为，但其公司在设立时即采取了虚假出资的方式，将煤炭低价转售后所获得的款项也并未划入公司账目和用于公司发展，而是用于李某个人花费，所以，李某的行为实际上是其个人犯罪，不成立单位犯罪。当然，如果行为人以单位的名义实施合同诈骗行为，所得的非法财物也作为公司财产入账的，则应当以单位犯罪进行处理，同时，对单位及其主管人员、直接责任人员追究法律责任。

（二）单位合同诈骗与自然人普通诈骗的界限

与单位合同诈骗行为相对应的一个问题是，单位中的主管人员、直接责任人员或者员工也可以构成普通诈骗罪。根据犯罪行为是否采用合同形式实施，可以将其分为两种情形。

一是单位中的主管人员、直接责任人员或者其他员工以合同名义实施诈骗犯罪行为。对此，首先，需要判断该合同的性质是否属于经济往来活动中的活动，如果是经济合同则构成合同诈骗罪，反之，则构成诈骗罪。其次，在构成合同诈骗罪的情况之下，还需要进一步考察行为人实施的行为是否体现公司的意志和利益，即按照判断单位犯罪的标准对其作出是属于单位合同诈骗还是自然人合同诈骗的判断，其中一个重要的判断标准就是行为人是否在其职责范围内实施行为或者按照单位的授权实施，如果行为人所实施的行为有职责依据或者单位授权，则体现为单位的利益和意志，应当构成单位犯罪。

二是单位中的主管人员、直接责任人员或者其他员工不以合同形式实施的诈骗行为。对此，由于合同诈骗罪的成立要求发生在签订、履行合同过程中，因而不以合同形式实施诈骗，自然也就不构成合同诈骗罪。例如，行为人甲虽然是A公司的主管人员，但为了占有他人财物，甲以虚构事实或者隐瞒真相的方式欺骗他人，而该欺骗行为既不是以单位名义实施，也不是采用合同的形式进行，同时也不属于其职权或者授权范围之内的要求，这时就只能认定为行为人个人实施的是普通诈骗犯罪。

骗购经济适用房行为之定性分析

阴建峰*

一、前　言

按照《经济适用住房管理办法》及相关法律、法规的规定，经济适用房是指政府提供政策优惠，限定套型面积和销售价格，按照合理标准建设，面向城市低收入住房困难家庭供应，具有保障性质的政策性住房。它是在我国停止福利分房的背景下产生的，对于解决城市低收入家庭住房困难无疑起到了积极的作用。但是，毋庸置疑，本是政府为"大庇天下寒士"在政策上给予优惠的廉价商品住宅，在其开发建设过程中也出现了诸多不尽如人意之处。分房摇号，弄虚作假；买房不住，违规出租；经济不适用，适用不经济……自有"经济适用房"以来，丑闻从未间断。① 而骗购经济适用房行为的大量存在则是其中面临的一个突出问题。近年来，有关骗购经济适用房的雷人报道频频见诸报端。不久前，有媒体爆料，作为深圳经济适用房小区的桃源村三期，其地下停车库过夜车辆中 20 万元以上的车辆竟然占了近两成，其中不乏奔驰、宝马等豪车。这也引致网络上下一片热评。很多人对此提出质疑，开豪车怎么有资格买经济适用房?② 而发生于此前的武汉"六连号"丑闻，则更将经济适用房推向了风口浪尖。③ 事实上，诸如此类的

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、法学博士。

① 王刚桥：《骗购经济适用房是否犯罪》，载《新京报》，2010-02-09。

② 丁荡新、王娟：《经适房小区竟然豪车扎堆》，载《深圳晚报》，2010-03-08。

③ 2009 年 6 月，武汉中心城区一处申购比达 40：1 的经济适用房项目，在摇号时，6 个经济适用房资格证号码相连的申购户离奇地全部摇中了。这一概率仅有千万亿分之一的结果，随后爆出一起经济适用房申购中严重弄虚作假的黑幕：这 6 个申购户都不具备购买经济适用房的资格，他们在同一时间、同一城区靠一套假材料，经街道办、区民政部门、区房产部门层层审核竟"一路绿灯"，获得申购资格。此事经媒体曝光后，在社会上引起轩然大波，武汉市随即对"六连号"事件进行调查，发现这是一起由社会中介人员与有关部门工作人员相互勾结，利用经济适用房摇号进行舞弊、涉嫌经济犯罪的案件，武汉市国土房产局副局长朱志强等五名国家工作人员因渎职、失职受到严肃处理。参见陈世昌、舒均：《经适房摇号，摇出一串疑问》，载《楚天都市报》，2009-06-17。

现象可谓普遍存在。来自北京市房地产中介机构的调查显示，在回龙观、天通苑两大经济适用房社区内，房屋出租率已占全区租赁交易总量的 78.8%。近八成的经济适用房对外出租，表明多数购房者不仅不缺房子住，而且把所购经济适用房当成了一种“投资”。业主当初是如何购得经济适用房的，不能不令人疑惑。另据报道，2007 年深圳市共有 8844 户提出申请租售保障房，结果有 2542 户申请者被查出不合格。[①]

对于大量存在的此类骗购经济适用房等社会保障房的行为，究竟应如何处理？对此，《住房保障法》起草者之一、深圳市房地产研究中心法律所所长王玉国认为，这种行为分析起来符合刑法上诈骗罪的犯罪构成，完全可以诈骗罪论处，以提高其违法成本；[②] 也有论者主张，国家有必要在新制定的《住房保障法》中，增设骗取经适房诈骗罪，祭出重典，对经适房骗购者坚决予以刑法问责；[③] 还有论者则更为专业地提出了增设骗取公共福利罪，并将骗购经济适用房、骗租廉租房、骗取低保等行为统一论以该罪。论者同时主张，鉴于诸如骗购经济适用房等行为往往是以先骗取相应的资格为前提，因此，立法应当规定，只要行为人采取虚假的手段骗取了相应的资格，就构成犯罪，如果获取了实际的财物，则从重处罚。[④] 对于上述主张，笔者并不能苟同。笔者认为，对骗购经济适用房的行为目前并无必要追究刑事责任。

二、骗购经济适用房的行为并不符合诈骗罪的构成要件

诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或隐瞒真相的欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。通常认为，诈骗罪客观行为的逻辑结构表现为：行为人实施欺诈行为——被害人产生错误认识——被害人基于错误认识而交付（或处分）财产——行为人获得或使第三者获得财产——被害人遭受财产损失。[⑤]

诚然，骗购经济适用房之行为人多系利益驱动使然，其骗购亦采

① 丁荡新、王娟：《经适房小区竟然豪车扎堆》，载《深圳晚报》，2010-03-08。

② 刘涌：《〈住房保障法〉起草中 经适房骗购或定罪》，载《21 世纪经济报道》，2010-02-06。

③ 吴睿鸫：《骗购经适房入罪值得期许》，载《齐鲁晚报》，2010-02-09。

④ 杨涛：《从骗购经济适用房看设立骗取公共福利罪》，载《观察与思考》，2010(3)。

⑤ 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》（下卷），北京：中国社会科学出版社，2005，第 1836 页。

取了虚构事实或者隐瞒真相的方法，但该行为却并不符合诈骗罪的上述逻辑构造，不能认定为诈骗罪。

(一)行为人骗取的并非财物，不符合诈骗罪之对象特征

在骗购经济适用房的情况下，行为人骗取的只是一种"购房资格"，而非财物；而且，行为人与开发商均出于真实意思签订了购房合同，行为人已依照合同约定支付了购房的全部对价。

有人认为，行为人骗取的不仅是"购房资格"，还包括现实的财产性利益。① 笔者认为，考虑到经济适用房实乃有限产权之特性，这种所谓财产性利益很难作出准确的认定。况且，即便能够将经济适用房与商品房之间的利益差视为财产性利益，但财产性利益能否作为诈骗罪的对象，这在理论上本来也还存在疑问。有学者早就指出，将财产性利益纳入诈骗罪的对象范畴虽符合司法实际，但却有悖于《刑法》第266条的规定，有违反罪刑法定原则之嫌。因为财产性利益不是"财物"，两者不能混同。②

(二)行为人的骗购行为难以确定受骗人

在所谓骗购经济适用房的情况下，"受骗人"到底是谁？是开发商，还是负责经济适用房资格审查的街道办事处或市、县人民政府？这是认定骗购经济适用房的行为构成诈骗罪必须要解决的问题。

有学者认为，骗购行为的受骗人是房屋的开发商。论者指出，正是因为骗购者的欺诈行为，开发商才将房屋以低于商品房的价格进行销售，这就是被骗。③ 不过，行为人所采取的骗购行为很多情况下却并不会使开发商陷于错误认识，开发商对此也是睁一眼、闭一眼，而不会认真予以审查，甚至会纵容不符合条件的富人买房，又何来被骗？因为很多经济适用房并不经济，符合条件的穷人根本买不起。例如，一份2006年的统计数据表明，北京市当年经济适用房户型面积90平方米以下的占54.9%；90平方米至105平方米的占23.2%；105平方米至120平方米的占20.4%；120平方米以上的占1.5%。有些经济适用房的面积甚至达到了两三百平方米。而面积在100平方米以上的房价，绝非中低收入家庭能够承受的了的。④ 出于资金回笼的压力，开发商已先天性地将此部分经济适用房的消费群体定位于高中收入阶

---

① 赵雯：《骗购保障房定诈骗，行还是不行》，载《检察日报》，2010-04-21。

② 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》(下卷)，北京：中国社会科学出版社，2005，第1834页。

③ 赵雯：《骗购保障房定诈骗，行还是不行》，载《检察日报》，2010-04-21。

④ 刘小平：《北京经济适用房供给中存在的问题及对策分析》，载《经济师》，2009(1)。

层。寄望他们对富人们的申购资料认真审核岂非痴人说梦？至于开发商与行为人内外勾结之情形，更谈不上开发商因此陷入了错误认识。其实，刑法学界已一致认为，被害人不仅要陷入错误认识，而且其认识错误与交付(或处分)财产之间须有因果关系，否则，即便被害人交付(或处分)了财产，也不能构成诈骗罪。[①] 开发商将房屋以低于商品房的价格进行销售，这实际取决于经济适用房性质及其价格定位，而并非或者主要不是因行为人的骗购行为使之陷于错误认识所致，故而不能认定为诈骗罪。

如果认为受骗人系政府相关部门，可那些负责经济适用住房资格审查的街道办事处或市、县人民政府实际上只是以政府行政许可的方式赋予了行为人购房的资格，却并未实施任何交付或处分财物的行为。而且，这种行政许可一经作出，就具有法律效力，其撤销必须经过法定程序，似亦无法因此认定行为人构成诈骗。[②]

(三)骗购行为所指向的被害人及其财产损失难以认定

诈骗罪的成立是否须以造成财产损失为必要，各国刑法及理论在此问题上持不同的态度。德国《刑法》第 263 条明确规定，欺诈行为必须“使他人陷于错误中，因而损害其财产的”，才构成诈骗罪。可见，德国刑法典采取的是肯定的立场。日本、俄罗斯等国的刑法典对之则没有明确的规定。不过，日本的判例和通说亦明确持肯定的立场。与此不同的是，也有少数行为无价值论者认为，诈骗罪是侵害诚实信义、扰乱社会经济秩序的犯罪，欺诈本身就可能构成诈骗罪。因此，并非必须要有财产的损害发生。[③] 我国《刑法》第 266 条虽未明文把财产的损害作为诈骗罪的成立要件，但却以“数额较大”为构成犯罪之必要，而所谓“数额较大”也就是对被害人造成数额较大的财产损失，因此，财产的损害自然是诈骗罪必不可少的要件。[④]

而在行为人骗购经济适用房的情况下，前已述及难以确定受骗人。退言之，即便能认定受骗人，又如何进一步认定被害人及其财产损失？

有学者认为，这类犯罪的被害人是开发商。房屋原本必须销售给

---

① 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》(下卷)，北京：中国社会科学出版社，2005，第 1839 页。

② 曾献文：《骗购经济适用房须担责任》，载《信息导刊》，2005(47)。

③ 赵廷光主编：《中国刑法原理》，武汉：武汉大学出版社，1992，第 450 页。

④ 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》(下卷)，北京：中国社会科学出版社，2005，第 1843 页。

符合条件的人，现在被不符合条件的人买走，对开发商而言，就产生了损害，就是被害。论者认为，把自己的财物交给自己不愿意交付的人，即使得到对价，也是被骗。[①] 姑且不论开发商卖房是否因骗购行为陷入错误认识所致，单就其卖房行为本身而言，无论是将经济适用房卖给不符合条件的骗购人还是符合条件的人，开发商并不会遭受实际的财产损失。因为经济适用房的销售基准价格及浮动幅度是以保本微利为原则，由有定价权的价格主管部门会同经济适用房主管部门，依法在综合考虑建设、管理成本和利润的基础上确定的。开发商根本不可能以市场价销售，也不会因销售对象的不同导致获利上的差异。从这个角度说，开发商并非"被害人"。

至于所谓即使得到对价也是被骗的观点，实际上涉及刑法理论上如何判断诈骗罪之财产损害的内容问题，即对财产损害是从整体上考察，还是仅从对方交付的财产来作判断？对此，德日刑法理论上存在整体财产减少说、个别财产减少说以及二分说等不同的观点。德国的审判实践采取的是整体财产减少说，而日本采取的则是个别财产减少说。在我国刑法理论界，对诈骗罪中财产损害内容同样存在不同的理解。通说认为，所谓数额较大，是指受骗人因为行为人的欺骗行为造成的直接损失数额较大。因此，仅采用欺骗手段骗取对方财物同时向其支付了相当款物的行为，不可能构成诈骗罪。[②] 这一立场与德日刑法上述"整体财产减少说"比较接近。其实，以诈骗行为人最终给被害人造成的实际经济损失数额来定罪量刑，这也是我国司法实践中的基本做法。而所谓即使得到对价也是被骗的观点，实质上便是持"个别财产减少说"的立场，该观点在我国只为个别学者所认同。笔者认为，该学说将财产的损害等同于财产的交付，混淆了诈骗罪与民事诈欺行为之界限，不仅存在内在的逻辑矛盾，而且也不符合诈骗罪侵犯公私财产权之本质，不能普适于全部财产犯罪，也有悖于具体的司法实践。[③]

有人认为，骗购行为是通过欺骗政府取得"购房资格"的，所以"受骗者"是政府；政府划拨的建设经济适用房的土地利益及其他税赋利益被行为人骗走了，所以"被害人"也是政府。[④] 可政府的损失到底在哪

① 赵雯：《骗购保障房定诈骗，行还是不行》，载《检察日报》，2010-04-21。

② 马克昌等主编：《刑法学全书》，上海：上海科学技术文献出版社，1993，第352页。

③ 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》（下卷），北京：中国社会科学出版社，2005，第1844页。

④ 刘喜中：《增设骗取社会福利罪是上策》，载《检察日报》，2010-04-28。

里，怎么计算？作为一种具有社会保障性质的商品住宅，经济适用房并不能在市场任意流通，不能也无法将其与商品房之间的利益差直接认定为诈骗数额。因为经济适房购房人拥有的只是有限产权。根据有关法规规定，购买经济适用住房不满 5 年，不得直接上市交易，购房人因特殊原因确需转让经济适用住房的，由政府按照原价格并考虑折旧和物价水平等因素进行回购。购买经济适用住房满 5 年，购房人上市转让经济适用住房的，应按照届时同地段普通商品住房与经济适用住房差价的一定比例向政府交纳土地收益等相关价款，具体交纳比例由市、县人民政府确定，政府可优先回购；购房人也可以按照政府所定的标准向政府交纳土地收益等相关价款后，取得完全产权。因此，如果将经济适用房与商品房的差价认定为诈骗的数额，又如何从法律上评价行为人卖房后向政府补交差价的行为？而且，购买经济适用房也是一种市场交易行为，购房人也并非全无交易风险可言。如今，经济适用房与普通商品房之间的所谓利益差已被当下泡沫化的房地产市场不适当放大，一旦房价回归理性，甚或房地产泡沫破灭，又如何认定两者间的利益差呢？事实上，前段时间居高不下的房价在接连出台的政策地阻击下渐呈下降之势。这已从实践层面印证，骗购行为所侵占“利益”的量化往往受制于房地产市场的变化，并不具备太强的司法操作性。

(四)与骗购经济适用房相类似的骗购外汇行为并未被以诈骗罪定罪处罚

骗购外汇是在 1998 年亚洲金融危机时凸显的违法犯罪现象。最高人民法院当时的司法解释只是将该行为论以非法经营罪，而并没有以诈骗罪处理。后来，则是由立法机关通过单行刑法增设了骗购外汇罪。这也从侧面彰显了国家立法、司法机关对于骗购行为的立场。

三、对于骗购经济适用房的行为无须刑法规制

首先，经济适用房的存在本身即已受到诸多质疑。新浪网曾就是否停建经济适用房进行调查，有 3 490 人参加投票，结果有 42.1%的人对此表示赞同。有些专业人士明确表示，经济适用房与市场经济原理是相违背的，它必将会随着房地产市场逐渐成熟而取消。也有很多人大代表、政协委员提议停建经济适用房。尽管笔者并不完全认同该主张，但这至少说明，经济适用房制度本身是存在很大缺陷的。况且，在北京为例，以家庭年收入在 6 万元以下为购买经济适用房的条件，

这一标准的划定科学性与合理性何在？对于那些年收入稍高的家庭是否公平？家庭年收入是一个动态的指标，有些家庭购房时年收入未达6万元，但很快就超过了这个标准，是不是应该本着经济适用房的设置宗旨由政府追回所购房产？立足于这样一个漏洞百出的制度来追究骗购行为人的刑事责任，很难让人信服。

其次，骗购经济适用房的行为只是房地产市场无序发展背景下的产物。在一个又一个的政策出台后，房价依然涨势如潮。平头百姓们除了骂骂黑心的开发商外，又有何计可施？好不容易有了个能买到便宜房的机会，还有谁不会削尖脑袋找机会？又如何能期待普通百姓们不求助于骗购手段实现"住房梦"？

最后，刑罚具有最后手段性，骗购经济适用房行为的社会危害性并未严重到需要刑罚调整的程度。仅仅为了提高行为的违法成本，就主张将之入罪，这不符合刑法的谦抑精神。如果能够通过相关制度的完善尽量避免，能够以经济、行政等其他法律手段来解决，又何必动辄求诸刑罚介入呢？

当然，骗购经济适用房的行为不宜入罪，并不意味着对行为人所采取的"虚假"手段亦听之任之。如果行为人所采取的伪造户口簿、单位公章、虚报个人申请资料，构成伪造证件、印章罪等其他犯罪的，应该以相应犯罪追究责任。

四、应通过制度完善避免骗购经济适用房的泛滥

骗购经济适用房的行为虽不宜入罪，但可以通过相关制度的完善来避免此类行为的泛滥。

首先，有必要建立追惩机制，适当加大惩罚力度，但应限于经济、行政调整范畴。不过，目前相关法律法规对这种骗购行为缺乏相对应的处罚条款。笔者也主张，除责令清退骗购的经济适用房外，还可根据购买时间比照市场价格征收租金；同时，也可以将骗购行为记入行为人的诚信档案；对参与骗购的公职人员，则可以按照有关规定给予必要的行政处分。

其次，根据有关法规，经济适用住房资格申请采取街道办事处（镇人民政府）、市（区）、县人民政府逐级审核并公示的方式认定。审核单位应当通过入户调查、邻里访问以及信函索证等方式对申请人的家庭收入和住房状况等情况进行核实。但实践中，监管缺位的情况比比皆

是。这也是骗购现象大量存在的原因。鉴此，应完善监管制度，强化对监管、审核人员的责任追究，必要时可以相关职务范围追究责任。尤其是对于其中存在权钱交易的，更应以受贿罪等罪名追究刑事责任。另外，政府也要加强对经济适用房开发和销售后的使用监督，切实落实经济适用房的回购制度。

诈骗网络虚拟财产犯罪之司法疑难问题研究

魏　干*

据中国互联网信息中心(CNNIC)发布的最新数据来看，中国互联网从1997年到现在实现了飞速发展，仅网民数这一项统计数据而言，就从1997年的62万增加到了现在的4.9亿(截止到2011年5月)。[①]但是，随着互联网技术的普及，利用互联网实施的违法犯罪活动也日益频繁起来，网络盗窃、网络诈骗层出不穷，网上诽谤、网上赌博屡见不鲜，网络色情日益泛滥，网络黑客恣意横行……现今，网络空间俨然已成为某些犯罪者的"天堂"。可以毫不夸张地说，计算机网络的出现，不仅将犯罪场所延伸至虚拟的网络空间，而且给传统司法领域带来了理论和实践上的挑战——因计算机虚拟世界的介入，罪与非罪的判断变成了可争论的话题，此罪与彼罪的界限亦变得模糊不清起来。正是基于以上问题的思考，本文对当下争议较大的诈骗网络虚拟财产行为是否为犯罪、属于何种犯罪、现实的司法难题及如何化解等问题进行研究，以期能够对诈骗网络虚拟财产的司法疑难问题提供一些建设性意见。

一、网络虚拟财产的概念及法律属性

(一)网络虚拟财产的概念

"网络虚拟财产"是近年来随着互联网技术、特别是网游的迅猛发展而催生出的一种新型"财产表现形式"。[②] 从广义上讲，网络虚拟财产指一切以数字化形态存储于"赛博空间"的东西，例如ID、E-mail、虚拟货币、游戏装备等。从狭义上讲，网络虚拟财产是指那些具备现实交易价值的以数字化形态存储于"赛博空间"的东西，例如虚拟货币、

* 浙江省义乌市人民检察院书记员。

① CNNIC:《互联网发展信息与动态》(第67期)，http://www.cnnic.cn。

② 在绝大多数学者看来，网络虚拟财产因具备财产的"独立评价性"、"稀缺性"、"可支配性"、"价值性"、"劳动创造性"、"期限性"、"交易性"而被承认为法律上的财产。

游戏装备、QQ靓号等。本文所说的网络虚拟财产，仅指其狭义上的概念，因为，只有当虚拟财产与现实世界出现交叉互动、产生利益联系时，才具有法律调整的意义和价值，才能进入刑法的调整范围。[①]

(二)网络虚拟财产的法律属性

关于网络虚拟财产的法律属性，目前主要有债权、物权和知识产权三种学说。但在笔者看来，首先，网络虚拟财产权并非完整的债权。第一，网络虚拟财产虽然是运营商与网络用户之间的合同凭证，但运营商只是确保用户按照一定规则可得到他想要的服务，而无须对虚拟世界的侵权行为承担任何责任。第二，《合同法》规定，债权人转让权利时应通知债务人，否则该转让对债务人不发生法律效力。但从实际情况看，用户之间的虚拟财产转让并不需要通知网络运营商即债务人。其次，网络虚拟财产权也非完整的物权。第一，网络用户对相关产品的使用要受到运营商的服务条款限制，因此并不享有物品所可能提供的所有效益，物权的排他性大打折扣。第二，《物权法》没有规定网络虚拟财产为物权，按照物权法定原则，它就不能认定为一种法律意义上的物权。最后，网络虚拟财产权更非完整的知识产权。第一，相对于开发商而言，网络虚拟财产具有独创性，但相对网络用户而言，由于虚拟货币、装备等只是通过支付一定费用来参与享受的娱乐成果，因此不具独创性。第二，知识产权的期限由各国法律严格规定，但网络虚拟财产的期限并非由法律规定，而是运营商根据运营状况决定。第三，知识产权保护要受到地域限制，而网络虚拟财产无国界，在任何地方都可以进行操作。

由此可见，从网络经营者的角度而言，通过交易关系双方签订合同，网络经营者就应当承担与网络参与者建立的债权关系，为网络用户提供特定服务；从网络参与者的角度而言，通过购买行为或一定时间、精力上的付出获得了属于自己的相关网络虚拟物品，他就有权将之视为自己的私人财产，进行一定限度的排他性支配和使用。因此，网络虚拟财产权并非真正意义上的物权或债权，而是一种兼具物权绝对性、债权相对性和知识产权新颖性、独创性的新型权利形式。

---

① 林中明、赵月林：《刑法如何维护网络虚拟财产——上海研讨网络虚拟财产刑事司法保护》，载《检察日报》，2008-04-29。但需要指出的是，虽说本文强调网络虚拟财产应具现实价值性，但并不意味着诈骗网络虚拟财产行为必须有现实的利益转换，本文所说的诈骗网络虚拟财产行为是一种目的，而绝非手段。

二、诈骗网络虚拟财产犯罪之司法疑难问题

(一)诈骗网络虚拟财产犯罪的司法理论难题

目前，在理论上，诈骗网络虚拟财产行为是否为犯罪、是何种犯罪还存有一定争议。否定说认为：首先，就本质而言，诈骗网络虚拟财产行为不过是对现实世界计算机软件的一种侵犯，不会给网络运营商和用户造成任何实质性的影响。其次，诈骗罪的构成标准之一是“数额较大”[①]，但目前尚不存在规范的虚拟财产交易市场，交易价格具有很大随意性。再次，诈骗网络虚拟财产行为发生在网络虚拟空间，社会危害性小，将此行为犯罪化不符合刑法谦抑原则。最后，网游本身就是玩物，沉溺于虚拟世界会对正常的生活和工作有很大影响，通过刑法保护其实施，有助纣为虐之嫌，很可能会使它的危害进一步加深。[②]

毋庸置疑，刑法并不是将所有侵害法益的行为规定为犯罪，而只是将其中部分严重侵害法益的行为规定为犯罪。诚如英国刑法学家边沁所言，刑罚既是一种必要之恶，又是一种强制之恶，一种恐惧之恶，一种有意施加的痛苦。[③] 因此，是否应当将诈骗网络虚拟财产行为纳入刑法范畴，关键是看其是否已经严重侵害法益，且穷尽了其他的社会保护手段还不足以对虚拟财产达致充分地保护。就此而言，否定说的观点存在很大缺陷：首先，网络虚拟空间具有很强的传染性，当网络用户虚拟财产受到侵犯时，受害者极易在悲愤之下产生报复心理，学习黑客技术，诈骗他人网络虚拟财产以发泄愤怒，使其他用户的网络安全受到威胁。其次，虽然目前对网络虚拟财产“数额较大”的认定存在一定困难，但绝不能因为这件事做起来有难度就否定做它的价值性。再次，现今网络已发展成为一个有着庞大消费群体的独立经济产业，包括网游、网购等大量服务。显然，诈骗虚拟财产行为的社会危

---

① 何谓“数额较大”，2011 年 3 月 1 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定：“诈骗公私财物价值三千元至一万元以上、三万元至十万元以上、五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’。”

② 侯国云：《论网络虚拟财产刑事保护的不当性——让虚拟财产永远待在虚拟世界》，载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)，2008(3)：33～40。

③ [英]杰里米·边沁：《立法理论——刑法典原理》，孙力等译，北京：中国人民公安大学出版社，1997，第 367 页。

害性并非一般的民事、行政手段所可预防，① 将其纳入刑法调整范围既符合刑法谦抑原则，也符合刑罚的一般预防与特殊预防目的。最后，对诈骗行为进行惩罚，是保护虚拟财产所有人的合法权益及网络秩序的需要，我们不能因为网络虚拟空间会带来负面效应就放纵有严重危害性的诈骗行为，一如我们绝不能因为汽车有可能会造成交通事故而放纵诈骗汽车的行为一样。可见，无论是从诈骗网络虚拟财产的社会危害性，还是刑法目的和刑法谦抑性来看，将诈骗网络虚拟财产行为进行犯罪化处理都是合理的。当然，其具体应当以何种罪名来定罪，理论上还存有很大分歧。②

1. 诈骗网络虚拟财产行为不宜定为破坏计算机信息系统罪

有学者主张，“我国可以将严重的诈骗网络虚拟财产的行为定为破坏计算机信息系统罪。诈骗网络游戏装备等行为一方面侵犯了计算机信息系统所有人排他性的权益，如所有权、使用权和处置权；另一方面又扰乱、侵害甚至破坏了国家计算机信息管理秩序，同时还有可能对受害的计算机信息系统当中数据所涉及的第三人的权益造成危害。对于诈骗网络游戏角色及其物品后果严重的，可能构成破坏计算机信息系统罪。”③

但笔者看来，这种观点是值得商榷的。按照刑法规定，破坏计算机信息系统罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，以及对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，或者故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运转，后果严重的行为。但需要注意的是，诈骗网络虚拟财产行为并不会对网络用户计算机中的数据组合造成任何改变，否则就会破坏这些虚拟物品的功效。而且，即使行为人试图删除相关数据，也不至于造成计算机信息系统不能够正常运转，更不会造成严重后果。因此，诈骗网络虚拟财产行为不应当认定为破坏计算机信息系统罪。

---

① 2003年10月以来，在广西北海，有人在互联网上以出售“《传奇》游戏顶级装备”为名，骗取每人200～3000元不等的汇款。许多游戏玩家为了提高自己角色的攻击和防御能力，不惜重金购买这种游戏装备，结果无一例外上当受骗。这个网络诈骗团伙涉案成员有20多人，受骗的玩家涉及北京、上海、浙江等全国16个省、直辖市、自治区数百人，诈骗金额200多万元。http：//news. sina. com. cn。

② 陈云良、周新：《虚拟财产刑法保护路径之选择》，载《法学评论》，2009(2)：144～148。

③ 安利萍：《盗窃网络虚拟财产行为之定性探讨》，载《新疆警官高等专科学校学报》，2005(11)：42～44。

2. 诈骗网络虚拟财产行为不宜定为侵犯通信自由罪

部分学者认为，一些网络虚拟财产——如 QQ、MSN、Email 等，具有通信的功能，诈骗他人 QQ 号码后由此侵犯到他人的通信自由，情节严重的应当认定为侵犯通信自由罪。该观点主要是将《刑法》252 条规定中的“信件”进行扩大解释，并依据全国人大《关于维护互联网安全的决定》中“非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由和通信秘密的按此罪追究刑事责任”的规定。

但笔者看来，以虚拟财产所具有的功能（或其性质）作为定罪的依据是不妥当的。通说认为，侵犯通信自由罪的犯罪对象是交付邮局递送的信件，但具有通讯功能的网络虚拟财产（如 QQ、Email）并不是信件，它仅仅是具有该功能而已，一如我们的手机具有通讯功能一样。显然，我们不能认为手机就是信件，更不能认为诈骗他人手机的行为构成侵犯通信自由罪。此外，信件本身包含通信的内容，隐匿、毁弃或者非法拆开信件的行为会使通信内容无法递送到收信人，或者失去秘密性。而具有通讯功能的网络虚拟财产并没有承载正在“递送”的任何通信内容——信息一旦发出，接收人会即时收到，其存储的内容充其量是“递送”之后的信息。因此，网络虚拟财产及其存储内容都不可能构成侵犯通信自由罪的犯罪对象，诈骗具有通讯功能的网络虚拟财产也并没有直接隐匿、毁弃通信内容，更没有非法拆开信件的目的。

3. 诈骗网络虚拟财产行为不宜定为诈骗罪

有学者认为，诈骗网络虚拟财产行为应当认定为诈骗罪。[1] 笔者认为，将数额较大的诈骗网络虚拟财产行为认定为诈骗罪也不妥当。众所周知，我国 1997 年《刑法》对原来的诈骗罪做了一定分解，将诈骗特殊领域的财产犯罪从传统刑法的诈骗罪范畴内独立出来定罪——合同诈骗罪、信用卡诈骗罪、票据诈骗罪等，这种罪名的独立使得 1997 年《刑法》第 268 条关于诈骗罪的规定只限于物权领域的诈骗犯罪，而

---

① 王志祥、袁宏山：《论虚拟财产刑事保护的正当性——与侯国云教授商榷》，载《北方法学》，2010(4)：156。具体案例如：2007 年初，在南京多家网吧传播蔓延发生的，由多个作案团伙或单独个人，利用网络服务器程序漏洞，连续不间断地多次点击“付款”按钮使服务器程序出错，从而骗取大量游戏卡的密码，再打折在网上低价销售牟利的案件。该方法通过网友二十多个网虫在 2007 年头三个月内获利 100 余万元。2007 年 12 月，这起江苏首例诈骗网络虚拟财产案中的被告被判处诈骗罪。需要指出的是，若本案是以诈骗网络虚拟财产为手段，进而骗取他人钱财，则应当定诈骗罪，但是，本案并非以网络虚拟财产为手段进行诈骗，而是以诈骗网络虚拟财产为目的，低价出售只不过是其销赃手段，所以定诈骗罪就显得不妥了。

将一些更为严重的侵犯社会经济秩序性质的犯罪放在“破坏社会主义市场秩序罪”一章，从而重点突出了对现代社会经济秩序的保护，这种立法模式就为侵犯特殊领域的诈骗犯罪行为树立了定罪的范例。因此，就诈骗网络虚拟财产犯罪行为而言，其除了侵犯公私财产所有权外，更为严重的是，它还违反了国家网络管理制度，严重侵犯了网络虚拟世界的管理秩序，显然，这种犯罪就并非属于一般性的诈骗犯罪范畴，而是属于特殊领域的诈骗犯罪。因此，如果只是简单地主张通过扩大解释将诈骗网络虚拟财产行为认定为诈骗罪的话，明显违背新刑法的立法精神！

更为重要的是，从犯罪客体方面而言，诈骗罪属侵犯财产罪的范畴，其犯罪客体为简单客体——公私财产所有权。但对于诈骗网络虚拟财产犯罪而言，由于网络虚拟财产并非真正意义上的物权或债权，而是一种兼具物权绝对性、债权相对性和知识产权新颖性、独创性的新型权利形式，这就决定了其犯罪客体不仅包括公私财产所有权(物权属性)，还包括网络世界管理秩序和一定的经济社会关系(债权、知识产权属性)。因此，诈骗网络虚拟财产犯罪的客体是复杂客体，具体应当定何种罪名还应根据其中的主要客体来判断，而不能简单以诈骗罪论之。

4. 诈骗网络虚拟财产犯罪行为的罪名判定

科技发展到今天，人类社会的丰富多彩生活、自动化工作设备及其他学习、娱乐设施基本都离不开网络这个载体，特别是最近 10 年，在国家的大力倡导和积极推动下，互联网技术在经济建设和各项事业中得到了广泛应用，有的活动甚至必须借助网络才能够实现，使人们的生产、生活、学习方式发生了深刻的变化，网络服务越来越成为国民经济中一支不容忽视的力量。① 而今，网络已经成为人类生活的一部分，网络秩序也成为人类社会秩序必不可少的一部分，它不仅是一种虚拟存在，而且是一种客观存在。对于诈骗网络虚拟财产的犯罪而言，其犯罪行为具有成本低、隐蔽性强、查处难度高、调查取证难、犯罪黑数大、连续性和复制性易等特点，且在司法实践中此类案件以

---

① 据 2011 年 6 月中国互联网络信息中心 (CNNIC) 发布的 2010 年《中国网络购物市场研究报告》和《中国网络游戏用户调研报告》显示，2010 年中国网络购物用户规模 1.61 亿人，网购金额达到 5231 亿元，占全年社会消费品零售总额 3.3%。截至 2010 年，中国活跃大型网络游戏用户规模为 1.1 亿人，比 2009 年增长 4069 万人，增长率为 58.7%。16.5%的大型网络游戏用户使用过网络游戏私服。41.3%的网游用户在游戏中产生过花费。CNNIC：《互联网发展信息与动态》(第 67 期)，http：//www.cnnic.cn。

不立案的居多，这在无形中为那些诈骗犯增添了底气，再加之网络虚拟空间具有信息传播速度快、传染性强、可控性差的特点，一起很小的网络虚拟犯罪行为也会很容易产生"蝴蝶效应"，导致网络虚拟空间的秩序被破坏。

由此可见，从犯罪危害性方面而言，诈骗网络虚拟财产行为对网络秩序的侵害远较对某一网络用户的网络虚拟财产的侵害危害性大，保护网络秩序在当下网络世界发达的中国具有全方位的社会意义和法律意义。从这个角度上讲，诈骗网络虚拟财产犯罪行为的主要客体应当是网络秩序。然而，我国刑法"妨害社会管理秩序罪"一章中至今尚无"保护网络秩序"的相关规定，对于诈骗他人网络虚拟财产行为导致的网络秩序破坏尚不能够根据刑法的规定予以定罪处罚。笔者认为，鉴于目前网络虚拟世界的现实影响力，应当在刑法典中增加"妨害计算机使用罪"一章，增设"诈骗网络虚拟财产罪"罪名，以便将网络虚拟财产纳入刑法保护范畴，对诈骗网络虚拟财产犯罪行为进行惩处。

(二)诈骗网络虚拟财产犯罪的司法实践难题

1. 网络虚拟财产缺乏相关法律规制

我国《宪法》第 13 条规定："公民的合法的私有财产不受侵犯。"《民法通则》第 75 条规定："公民的合法财产受到法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。"《物权法》第 2 条规定："本法所称物，包括动产和不动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。"由此可见，在我国法律体系内，凡公民之合法私有财产均受到民事法律和刑事法律的保护，但对于虚拟财产的合法性问题却没有作出任何明确规定。虽说实践中有人主张，可以通过对《刑法》第 92 条第四款规定的"其他财产"进行扩大解释来实现对网络虚拟财产的保护，但在笔者看来，《刑法》第 92 条第四款规定的财产，是指依法归个人所有的股份、股票、债券等形式的财产，前三项财产既都是一种债权形式的财产，"其他财产"与其并列，也应当属于一种债权形式的财产，这显然与网络虚拟财产的本身法律属性不相符合。

2. 诈骗网络虚拟财产调查取证难

在网络空间中，所有的活动与行为均表现为数字、信号、电磁波的转换与交流，正因为如此，发生于其间的诈骗虚拟财产行为所形成的证据，在外在表现上就具有极大的模糊性和不确定性。具体而言，关于诈骗网络虚拟财产犯罪的诉讼活动主要面临着两大取证难题：第一，网络虚拟财产的所有者问题。例如，一些网游并不需要个人资料，

即使需要个人资料，常常也是审查不严，这就造成了很多网络用户在注册游戏时大多使用虚拟名称，更不会认真填写个人资料，况且，现实中很多网络虚拟财产诈骗行为都是在网吧进行，犯罪后难以认定究竟为现实中的何人所为。第二，虚拟财产来源的合法性问题。一般情况下，网络游戏用户在进行游戏时所有数据都记录在游戏服务器上，而我国相关法律除了处于维护网络安全的考虑规定游戏运营商有保存相应记录以备查用之外，没有规定游戏运营商有对用户的举证予以协助的义务，这常常造成网络用户对其虚拟财产占有的合法性难以证明。

3. 网络虚拟财产的价值难以评定

司法实践中，由于司法人员对网络虚拟财产兴趣甚少，又缺乏相关估价经验，常常在网络虚拟财产的价值判定上处于模棱两可或者不知所从的状态，在处理上很难得出准确而统一的结论。目前，评估网络虚拟财产价值的方法主要有以下几种：第一，以社会必要劳动时间计算。但它需要物价评估部门协助找出中等水平游戏者，这显然是项巨大的工程，更重要的是，网络游戏受欢迎度也难以用具体数值计算。第二，网络营运商的自定价格。但由于网络运营商以赢利为目的，网络虚拟财产价格的主观性和易变性较强。第三，网络交易平台上的交易价格。由于我国当下没有规范的网络交易平台，大部分交易价格都在私下进行，因此随意性较大，且缺乏公允性。第四，建立专门评估机构。但这种机构的性质、人员配置等问题都有待探讨，现实设立的可能性不大。

4. 应对诈骗网络虚拟财产司法实践难题的措施

(1)完善网络虚拟财产的保护性立法。关于如何完善相关立法，学界有三种观点：第一，通过司法解释的方式，对《刑法》第 92 条规定的财产范围进行扩张解释，将其外延扩展至网络虚拟财产。第二，通过刑法修正案，在《刑法》第 268 条中增添一条关于诈骗虚拟财产行为的补充性条款，以诈骗罪论处。第三，制定一部网络犯罪单行法。显然，这三种观点都是有问题的。观点一的问题前面已做说明，在此不赘述。观点二的问题在于，刑法第五章的调整对象是侵犯公私财产所有权行为，如果将虚拟财产纳入其调整范围，就会破坏刑法章节体系的完整性。观点三的问题在于，虽说制定单行刑法能够较全面的保护网络虚拟财产，但是单独立法将会对立法技术提出非常严格的要求，需要耗费大量的人力、物力和财力，成本相对较高。且随着社会的发展，新事物一定会层出不穷的出现，如果每遇到一种新事物就需要制定一部单行法来规制的话，这在无形之中会放大法律的滞后性，影响法律的

权威性。笔者以为，他山之石，可以攻玉。在立法途径上不妨借鉴我国台湾地区的模式，[①] 在刑法典中增加“妨害计算机使用罪”一章，增设“诈骗网络虚拟财产罪”罪名。当然，为防止修正案与现行《刑法》第285至287条的交叉冲突，建议在增设妨害计算机使用罪一章时删除刑法分则第285至287条规定。这样既保持了法律的完整性、统一性和权威性，又节约了立法成本。

(2)建立游戏实名和虚拟第三方制度。第一，关于网络虚拟财产的所有者问题，笔者认为，可以借鉴韩国的做法，实行网络游戏注册实名制。网游用户在注册游戏账户时应填写自己的身份资料，比如身份证号、邮箱地址、手机号码等，从而避免在发生侵权行为时无法证明自己为相应账号的注册人。第二，关于虚拟财产来源合法性证明问题，笔者建议设立“虚拟第三方”来保存与虚拟物品相关的证据。“在网络上设立接受游戏用户的委托，接收并保管委托人发送的数据电文，以不被任何人以任何方式删改的方式予以保管，在需要时提供作证据的‘第三人数据电文保管服务系统’，在游戏用户发送或接收的邮件的同时予以同步保管，应该是解决互联网电子证据保管的可行方式。”[②]

(3)网络虚拟财产价值评定的建议。笔者认为，评估网络虚拟财产的价值时，必须找到与传统财产一体适用的方法步骤。从操作程序上说，对于在社会上有确定交易价格的虚拟财产，应当按交易价格来认定；对于没有确定交易价格的虚拟财产，应当按照实际牟利来认定——这类虚拟财产大都是用户通过游戏完成一定任务练出来的，本身可能并不具有价值，因此可以从诈骗者实际牟取的利益来认定；对于已经实施诈骗虚拟财产的行为，尚未事实牟利的，建议可以在交易市场上寻找与被评估虚拟财产具有功能一致性的参照物，以此作为评估虚拟财产的参考。如果找不到具有功能一致性的虚拟财产来比照，可以寻找功能相似性的虚拟财产作为参照物，按其成交价格参考确定被评估虚拟财产的价格。

---

① 2002年底，台湾地区“立法院”新增订台湾“刑法”第三十六章——妨害电脑使用罪专章，集中规定了有关计算机犯罪的六个条文，其中就包括侵犯网络虚拟财产犯罪的内容。我国台湾地区以增设刑法篇章罪名的形式确定了网络虚拟财产的法律地位，不但体现了对网络虚拟财产刑法保护的重视，也保持了法律的统一性。张学超、王跃华：《我国台湾地区网络虚拟财产犯罪的现状及防治对策》，载《台湾法研究》，2008(4)：28～32。

② 陈光光、张慧聪：《论网络游戏虚拟财产的定位及其刑法保护》，载《科技咨询导报》，2007(28)：88。

合同诈骗罪疑难问题研究

舒洪水*

1997年《刑法》将合同诈骗罪从普通诈骗罪中分离出来，作为一个独立的罪名予以规定。合同诈骗罪的主要法益应是社会主义市场经济秩序，次要法益是财产所有权，只有立足于这一点，才可以对本罪的非法占有目的、数额、罪与非罪以及此罪与彼罪进行正确的认定。

一、合同诈骗罪非法占有目的的认定问题

(一)非法占有目的之内涵

现行刑法典对诈骗类的罪状描述一般采用的都是列举概括式的叙明罪状，对各种诈骗犯罪的行为方式作出了明确规定。因此，一般情况下，只要能查明行为人认识到自己实施了法律规定的具体诈骗犯罪的客观行为，就可以认定行为人具有此种诈骗的犯罪故意。进而推定行为人的非法占有目的，无须司法机关予以特别查明。而在诈骗犯罪中对于集资诈骗罪、贷款诈骗罪、恶意透支的信用卡诈骗罪以及合同诈骗罪不仅规定了具体的行为并且特别强调规定了"以非法占有为目的"，立法者是有其特定用意的。刑法分则某些条文之所以明确规定以非法占有为目的，往往是出于界定罪与非罪、此罪与彼罪的考虑。[①]可以说，对于这几类诈骗犯罪，如果立法上不明确行为人"以非法占有为目的"则往往难以将上述犯罪罪与非罪以及与其他犯罪的界限区分开来。如集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪的界限正在于其主观上有无非法占有之目的。对于合同诈骗罪而言，其本质特征是以非法占有为目利用经济合同骗取他人财物。在这里，非法占有目的作为独立于犯罪故意的一种主观心理要素，是超出了构成要件的主观要素，即刑法理论上的目的犯。[②] 目的犯中的目的被称为"主观的超过要素"或"超过

* 西北政法大学教授，西安市雁塔区人民检察院副检察长，法学博士。

① 于改之：《金融诈骗罪争议问题探究》，载《法学评论》，2004(1)。

② 陈兴良：《目的犯的法理探究》，载《法学研究》，2004(3)。

的内心倾向”，即目的犯中之目的是行为人的一种主观心理要素，存在于行为人的内心。所以，在实践中，不能仅从客观上认定行为人具有合同诈骗罪罪状所叙明的行为，更要考察行为人主观上是否有非法占有之目的。这也是本罪与一般的经济合同纠的界限所在，是罪与非罪的区别关键。

要想正确认定“以非法占有为目的”，必须首先明确“以非法占有为目的”含义。目前来说主要有以下几种观点：非法占有论①、非法占用说②、意图改变所有权论③、非法获利论④和非法所有论⑤等。而这些观点的差异在于如何看待民法与刑法上的“占有”之概念。在民法上，占有是指对物的支配和控制，是一种状态，侧重于意思上的控制。而在刑法上，占有应和所有是同一的，是一种权属，是事实上的控制，不仅包含占有状态还包含使用、收益、处分的权能。因此，非法占有目的应是行为人以自己永久所有之意思而控制该物从而排除他人之合法所有，即控制意思＋排除意思。

具体到合同诈骗罪的非法占有目的则应当在合同诈骗罪语境下，全面考察和探究非法占有的内涵和本质属性。而要确定合同诈骗罪的非法占有目的首先要从合同诈骗罪的行为方式进行解读。《刑法》第224条规定了合同诈骗罪的五种情形：(1)以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；(2)以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；(3)没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；(4)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；(5)以其他方法骗取对方当事人财物的。可以说法条对本罪的行为方式规定得非常明确具体，比较容易把握与认定。

一般而言，行为人实施了这些行为即可表明其具有合同诈骗罪的故意。但是，合同诈骗罪的目的犯属性要求还要再进一步确定其非法占有目的，才能认定本罪。这是因为行为人可能客观上存在合同诈骗罪规定的行为但是主观上却并不具有非法占有的目的，如采用虚假欺骗的手段是为了击败竞争对手从而获取合作机会，这种情况下就不能认定为本罪。并且经济活动纷繁复杂，在司法实践中被告人的行为往

① 方彬：《我国刑法中的“非法占有目的”研究》，西南政法大学2008年博士论文。

② 李英才：《论合同诈骗罪的非法占有目的》，载《政法论坛》，2002(5)。

③ 何秉松：《刑法学教科书》，北京：中国法制出版社，1995，第710页。

④ 张瑞幸：《经济犯罪新论》，西安：陕西人民教育社，1991，第225～256页。

⑤ 高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京：中国法制出版社，1999，第886页。

往与前四种情形不相符合。这就需要法官根据事实对被告人的主观方面进行分析，以认定其是否具有非法占有之目的，进而确定其行为是否构成合同诈骗罪。

关于如何正确认定非法占有的目的，各部门出台了各种规定。根据1996年12月最高人民法院《关于审理诈骗犯罪案件具体应用法律的若干问题的解释》，具有下列情形之一的，认定行为人具有非法占有目的：(1)获得合同标的财物而拒不履行或部分履行合同义务，携带所获财物潜逃的；(2)肆意非法处置、滥用、变相占有被害人财物的；(3)大肆挥霍对方的定金、预付款、致使被害人财物无法返还的；(4)以支付中间人高额回扣、介绍费、提成等方法，致使被害人财物无法返还的；(5)使用被害人的财物进行违法犯罪活动，致使被害人的财物无法返还的；(6)将以诈骗方法得来的财物大部分用于归还债务，弥补亏空的；(7)根本就没有经营条件和履行合同的能力而大量骗取资金的；(8)抽逃、转移、隐匿被害人财物，有条件归还而拒不归还的；(9)隐匿销毁财务账目，或搞假破产、假倒闭逃避返还被害人财物的；(10)为继续实施合同诈骗，拆东墙补西墙，或将被害人财物用于亏损或进行不营利生产经营项目的；(11)不正当履行合同义务，为履行合同设置障碍，且占有对方财物拒不返还的；(12)具有其他欺诈行为，拒不返还被害人财物，或者致使被害人财物无法返还的等情况。

2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》也对“非法占有目的”作出了具体规定。该纪要明确规定，对于行为人通过诈骗的方法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获取资金后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。

笔者认为，合同诈骗罪的非法占有目的内涵应立足于其法益特点以及非法占有目的的一般内涵，从主客观两个层面进行把握。合同诈骗罪的侵害法益是市场经济秩序和财产所有权。《民法通则》第71条规定：“财产所有权是指所有权人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”民法对占有有着专门的保障，而行为人一旦超出了占有，侵害了使用、收益和处分权能，那么就需要刑法对其进行规制。非法占有目的包含控制意思＋排除意思，因此，合同诈骗罪也应结合主客观方面包含此双层内涵。控制意思是通过行为予以印证的，确认

行为人非法占有的可能性，是一种积极的推定因素，如行为人提供虚假的担保、骗取财物后躲匿、行为人恶意不履行义务、肆意挥霍等；排除意思则是通过心理考察，确认行为人是否明确追求排除他人占有，是一种消极的排除因素，如行为人是否有充分的履约能力、不能履行义务的原因、虚假担保的目的等。

因此，在认定合同诈骗罪的目的时，不能仅看到客观上侵犯了财产所有权就认定本罪，还要考虑到扰乱了市场秩序。在此基础上，对积极推定因素和消极排除因素进行对比，从而推定其非法占有目的。在实践中存在以下三种情况：一是只存在证明非法占有目的的积极推定因素，在这种情况下就可以直接认定本罪。二是只存在证明非法占有目的的消极排除因素，这种情况下就应当不认定为犯罪，2001 年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》就指出："对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的，因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款，案发时有能力履行还贷义务，或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因，如因经营不善、被骗、市场风险等，不应以贷款诈骗罪定罪处罚。"这一纪要规定也可作为合同诈骗罪的非法占有目的认定的借鉴。三是同时存在证明非法占有目的的积极推定因素和消极排除因素，这也是司法实践中最常见的情况，也是最难认定非法占有目的。[①]

(二)疑难案件的非法占有目的之认定——以黄志奋合同诈骗案为例[②③]

该案中，被告人黄志奋采取欺骗手段与他人签订合同，取得人民币 192 万元委托投资国债回购款后，擅自改变委托用途。其中，将用于投资期货的人民币 140 万元用于具体经营活动，不能归还系客观原因所致，对该部分款项不宜认定其主观上具有非法占有目的；另外 50 余万元用于泉州市时代企划事务所的事务开支，鉴于是在不具有实际履约能力或者有效担保的情况下将委托款用于消费支出，对该部分款项应当认定具有非法占有目的。按照本案的判决分析非法占有目的的认定可分为以下几种情形：(1)对以欺骗手段取得贷款已经归还的，因归还贷款行为本身已能说明行为人不具有非法占有贷款的目的，因而不

---

① 王占洲：《金融诈骗罪犯罪目的判断标准的应用》，载《政法学刊》，2007(5)。

② 最高人民法院：《黄志奋合同诈骗案——如何认定诈骗犯罪中的非法占有目的》，载《刑事审判参考》(总第 35 集)，北京：法律出版社，2003，第 6 集。

③ 但由于当时仍适用 79 年刑法，所以一审判决为诈骗罪。后 97 年刑法颁布上诉后改判为合同诈骗罪。

能认定行为人构成贷款诈骗罪；(2)对以欺骗手段取得贷款后有能力归还而拒不归还的，因拒不归还行为本身足以证明行为人具有非法占有贷款的目的，应认定行为人构成贷款诈骗罪；(3)对于以欺骗手段取得贷款后无法归还的，因客观情况比较复杂，应具体情况具体分析，坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，认定行为人主观上具有非法占有贷款的目的；也不能仅凭被告人自己的供述，认定其主观上不具有非法占有贷款的目的。而应在对行为人取得贷款的手段、贷款时的资信情况、贷款的使用去向、贷款无法归还的原因等方面及相关客观事实进行综合分析的基础上，判断行为人是否具有非法占有贷款的目的。但鉴于贷款诈骗罪主体仅为自然人，并且在贷款诈骗罪中也往往采用合同的形式，因此对于单位作为主体的贷款诈骗行为应当认定为合同诈骗罪，对于合同诈骗罪的非法占有目的也应借鉴这一判决，具体辨明以欺骗手段取得贷款后不归还贷款的行为是否能确定其主观上即有非法占有之目的，只有将消极排除因素一一排除掉才可以认定本罪。

(三)具体认定时考察的因素

在处理具体案件时，认定合同诈骗罪行为人主观上的非法占有目的，应当首先判明其是否是刑法所规定的具体行为，综合考虑各种主客观因素进行整体判断积极推定因素和消极排除因素，进而划定罪与非罪之界限。根据司法实践经验，主要从以下各方面进行考察。①②

1. 行为人的主体资格是否真实可靠

市场经济讲求诚实信用，而行为人却以虚假身份与相对方进行交易，这在很大程度上已经扰乱了市场经济秩序，可推定行为人具有非法占有之目的。行为人的主体资格主要包括以下几个方面：注册资本情况、营业资格、营业范围、资金情况、信誉情况等。但是不能仅凭这一点就予以认定，如行为人是为了在竞争中胜出而虚构了自己的资信情况，这时就不能因为存在虚假陈述而认定为合同诈骗罪，还需要进一步考虑行为人之所以虚构虚假主体资格的原因。

2. 行为人有无履约能力

司法实践中下列三种情况应视为行为人具有履行合同的实际能力：

① 赵秉志：《合同诈骗罪专题整理》，北京：中国人民公安大学出版社，2008，第 24 页。

② 最高人民法院：《经济犯罪案件中的法律适用问题——全国部分法院经济犯罪案件审判工作座谈会研讨综述》，载《刑事审判参考》(总第 41 期)，北京：法律出版社，2004，第 6 集。

(1)行为人在签订合同时即已具备履行合同所需资金、人力、设备和技术力量；(2)行为人在签订合同时虽不具备履行能力，但在合同履行期限内，能够合法地筹集到履行合同所需资金、人力、设备和技术力量；(3)行为人虽不能按照合同约定实际履行义务但自己或他人能够提供足够担保，也应认定其有履行能力。

根据民法原理，行为人的履约能力可分为完全履行能力、部分履约能力和无履约能力三种情形，应分别以不同情况加以认定：(1)有完全履约能力，但行为人自始至终无任何履约行为，而以欺骗手段让对方当事人单方履行合同，占有对方财物，应认定为合同诈骗；(2)有完全履约能力，但行为人只履行一部分，如果其不完全履行的目的旨在毁约或避免自身损失或由不可避免之客观原因造成，应认定为民事欺诈行为；如果其部分履行意在诱使相对人继续履行，从而占有对方财物，应认定为合同诈骗；(3)有部分履约能力，但行为人自始至终无任何履约行为，而以欺骗手段让对方当事人单方履行合同，占有对方财物，应认定为合同诈骗；(4)有部分履约能力，同时亦有积极的履约行为，即使最后合同未能完全履行或完全未履行，应认定为民事欺诈行为；但是，如果行为人的履约行为意在诱使相对人继续履行合同，从而占有对方财物的，应认定为合同诈骗；(5)签订合同时无履约能力，之后仍无此种能力，而依然蒙蔽对方，占有对方财物的，应认定为合同诈骗；(6)签订合同时无履约能力，但事后经过各种努力，具备了履约能力，并又有积极的履约行为，则无论合同最后是否得以完全履行，均只构成民事欺诈；(7)签订时有履约能力(包括完全和部分履约能力)，后因客观原因，如政府管制等导致行为人不能履约的，即使当时已经预见到履约不能，也不能认定为合同诈骗。

3. 行为人在签订和履行合同过程中有无诈骗行为

从司法实践中看行为人在签订和履行合同过程中没有欺诈行为，即使合同未能履行，也不能定合同诈骗罪。没有诈骗行为，不能定合同诈骗罪，但是有诈骗行为也不一定构成合同诈骗罪。要正确认定合同诈骗罪还须结合其他客观因素作具体分析。一般说来，在签订和履行合同过程中，行为人在事实上虚构了某些事实，但是并未影响合同的履行，或者虽然合同未能完全履行，但是本人愿意承担违约责任，足以证明行为人无非法骗取他人财物的目的，故不能以合同诈骗罪论处。更重要的是，行为人处分财物的行为是否是因诈骗行为所致，即是否符合合同诈骗罪的行为模式。如在虞秀强职务侵占案中，虽然行为人也是采用的合同形式，也是存在虚构事实、隐瞒真相的行为，但

是合同相对方处分财物并非因为其诈骗行为而陷入了错误认识，而是因为基于对虞秀强身份的信任而交付财物。因此，必须严格查明诈骗行为与交付财物之因果关系，如果两者不存在关系那么不能认定为本罪。

4. 行为人在签订合同后有无履行合同的实际行为

一般说来，凡是有履行合同诚意的，在签订合同后，总会积极创造条件去履行合同。即使不能履行，也会承担违约责任。而以非法占有为目的利用合同进行诈骗的人，在合同签订以后，根本没有去履行合同或者是虚假地履行合同。这里应该注意以下几种情况：(1)行为人在签订合同后采取积极履约的行为，在尚未履行完毕时，行为人产生了非法占有对方财物的意图，将对方财物占为己有。此种情况下，行为人的部分履行行为虽然是积极的、真实的，但由于其非法占有的故意产生在履行合同的过程中，应构成合同诈骗罪。(2)行为人在取得相对人财物后，不履行合同，迫于对方追讨，又与他人签订合同骗取财物，用以充抵前一合同的债务。这种连环诈骗在司法实践中被形象地称为“拆东墙补西墙”。这种行为实质上是行为人被迫采取的事后补救措施，不是一种真实的履行行为，应认定为合同诈骗。(3)对于行为人在收受对方给付的货物、货款预付款或者担保财产后，产生了非法占有目的而逃匿的，因相对方交付财物并非因为其诈骗行为所致，不能认定为合同诈骗。(4)实践中出现的“借鸡生蛋”情形，即利用合同，骗取对方的预付款，供自己经营使用或者进行其他牟利活动，当对方催促履行合同时则以种种借口推脱，在获利后再归还对方预付款的行为。有人认为此种行为应定合同诈骗罪。此种情况行为人与他人订立合同的目的虽然不是履行合同，但只是为了解决眼前的某种困难，临时骗用对方财物，在一定时间内供自己使用，行为人主观上并没有非法占有的目的，属于民事欺诈行为。可见，不能以行为人有无实际履行行为一概而论认定其非法占有目的。[①] 如前所述，本罪之非法占有侵犯的是所有权能，是非法占有，而不是非法占用。而“借鸡生蛋”的诈骗行为并没有侵犯对方当事人财产的所有权，仅是侵犯了其使用权，因此，不能认定为行为人具有非法占有的目的。

5. 行为人对取得财物的处置情况

(1)如果行为人将取得的财物全部或大部分用以挥霍，或者从事非

---

① 最高人民法院：《程庆合同诈骗案——通过欺骗手段兼并企业后恶意处分企业财产的行为如何定性》，载《刑事审判参考》(总第 29 集)，北京：法律出版社，2002，第 6 集。

法活动、携款逃匿、隐匿财物且拒不返还等，应认定为行为人有“非法占有”之故意，其行为构成合同诈骗。(2)如果行为人将取得的财物全部或者大部分用于合同的履行，即使客观上未能完全履行合同之全部义务，不以合同诈骗论。(3)如果行为人将取得的财物没有用于履行合同，而是用于其他合法的经营活动，只要在合同有效期限内将对方财物予以返还，应视为民事欺诈；当其没有履约行为时，应认定为合同诈骗。

正如有学者所说，我们在认定合同诈骗罪行为人的“非法占有目的”时，运用客观行为的已知事实来推定行为人的主观故意要全面的考察，不应机械的、片面的生搬硬套，也不得过于依赖客观行为来推定主观心理，而忽视犯罪嫌疑人的口供在认定主观故意上的作用。① 在肯定积极推定因素存在的同时更要对消极排除因素予以正确认定，对两种因素进行综合比较评析，从而证实行为人主观上之“非法占有目的”。

(四)非法占有目的认定之——合同诈骗与合同欺诈的界限

根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第68条的规定，合同民事欺诈行为是指告知对方当事人虚假情况，或者隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示而与之订立合同的行为。在经济活动中，合同欺诈行为往往和合同诈骗罪交错在一起，不易区分。合同诈骗罪的手段是“虚构事实或者隐瞒事实真相”，合同法和民法通则规定的民事欺诈的是“以欺诈、胁迫手段”。行为方式上的相似性使得罪与非罪的认定变得极其困难，仅是从行为上对两者进行区别并不现实。

合同诈骗罪的刑事可罚性并非因为合同诈欺行为越过了严重的社会危害性这一“门槛”，如有学者认为合同诈骗罪只是情节严重的合同欺诈行为，合同诈骗罪与合同欺诈行为的区别仅在于民事行为能力和刑事责任能力构成条件不同，以及诈骗数额是否较大达到刑法规定的标准，两者的故意内容、行为手段都没有质的区别。② 笔者认为，两者的区别在于合同诈骗是行为人在主观上之非法占有目的支配下所实施的利用合同的虚构事实、隐瞒真相的行为。

现以杨某“一房二卖”案为例，区分合同诈骗犯罪与合同欺诈。

2006年3月13日，杨某与韩某签订房屋买卖合同，将其位于余姚市城东新区万丰苑15幢103室的房产以34.8万元人民币的价格转

---

① 肖中华：《论合同诈骗罪认定中的若干问题》，载《政法论丛》，2002(2)。

② 黄华平：《论合同诈骗罪的几个问题》，载《新刑法试行疑难问题研究与适用》，北京：中国检察出版社，1999。

让给韩某。合同签订后，杨某从韩某处拿去购房款人民币 28.8 万元，将房屋钥匙及购房原始发票交给韩某，并口头约定余款 6 万元待房产过户后付清。同年 10 月下旬，被告人杨某因债务所逼，遂产生再次出卖上述房产骗取钱财的犯意，而后采用声称购房原始发票已遗失等欺骗手段，从所在村领取了其户下的万丰苑 15 幢 103 室的房产证一本，同时更换了该房屋的门锁。同年 11 月 1 日，被告人杨某与陈某签订了一份"房屋买卖协议书"，约定"将上述房屋出售给陈某，房屋售价为人民币 30 万元，款于同日一次性付清。"后双方口头约定房屋售价变更为 20 万元。之后，杨某在仅取得陈某给付的人民币 7.5 万元的情况下，与陈某一起在本市办证中心办理了房产过户手续。而韩某支付的 28.8 万元购房款已被被告人杨某用于个人赌博、归还赌债及个人挥霍。

对于本案有两种分歧意见。一种意见认为，"一房二卖"的行为在市场交易过程中经常发生，属于民法上的合同纠纷，应按照民事案件来处理，杨某的行为不构成犯罪。而另一种意见则认为杨某就同一处房产与韩某签订房屋买卖合同，并收取了韩某的大部分购房款，却采用拖延、换锁等手段将该处房产又卖给了陈某并办理了房产过户手续，此时杨某理应将收取的韩某的购房款返还，但杨某已将韩某的购房款挥霍殆尽，收取的陈某的购房款也用于还债等个人消费，根本没有返还的意思，因此杨某主观上非法占有韩某的购房款的故意非常明显，其行为应认定为合同诈骗罪。

因为区分合同诈骗犯罪行为与合同欺诈的关键点就在于行为人是否具有非法占有的目的。在合同民事欺诈行为中，当事人采取欺骗的方法使对方当事人产生错误认识，作出有利于自己的法律行为，然后通过此行为谋取非法利益，不存在非法占有的目的。而在合同诈骗罪中，当事人的主观目的就是非法占有他人财物。对于合同而言，签订合同的着眼点不在合同本身的履行，而在于对合同标的物或定金的不法占有[①]。也就是说，合同诈骗罪中的虚构事实、隐瞒真相的欺诈行为是在非法占有的目的支配下实施的，根本没有履行合同的意图，而合同诈欺行为仍有履行合同的意思，而其诈欺行为也是为了合同的签订和履行才实施的，如下所示。

合同诈骗罪：非法占有目的⇒诈骗行为⇒签订、履行合同⇒占有财物

合同诈欺：签订、履行合同⇒诈欺行为⇒牟利

---

① 梁晓旭：《合同诈骗罪与民事欺诈行为之比较》，载《理论探索》，2004(3)。

二、合同诈骗罪数额的认定标准问题

合同诈骗罪是数额犯，行为人犯罪数额的大小是对其正确定罪量刑的依据。关于该罪的犯罪数额问题，目前的法律依据只有最高人民法院1996年《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》。《解释》第1条规定："已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。"第2条规定："利用经济合同进行诈骗的，诈骗数额应当以行为人实际骗取的数额认定，合同标的额可以作为量刑情节予以考虑。"但是，这一解释关于犯罪数额的规定是针对普通诈骗罪而言的，《97刑法》已将合同诈骗罪从普通诈骗罪中分离出来，两罪的侵害法益已发生了变动，再沿用旧的司法解释，按照普通诈骗罪的数额认定标准认定合同诈骗罪的犯罪数额显然不合理。因此，理论界对于合同诈骗罪的犯罪数额标准的认定问题争议也比较大。

犯罪数额是指以货币衡量的具有定罪量刑意义并与犯罪行为相关的经济利益数量。通常包含犯罪所得数额、犯罪损失数额、犯罪所及数额、犯罪指向数额、票面数额、实际数额、销售数额、获利数额。[①]而对于合同诈骗罪的犯罪数额，有的观点认为应当以合同标的额作为定罪数额；有的观点认为应当以行为人犯罪所得数额作为定罪数额；有的观点认为应当以受害人受骗直接损失数额作为定罪数额；还有的观点认为在合同诈骗既遂情况下，应当以行为人实际所得数额为定罪数额，在未完成情况下，定罪数额是行为人主观上希望骗到的财物数额等。

笔者认为，合同诈骗罪作为结果犯其存在未完成形态，因此认定犯罪数额时应对具体的犯罪形态进行相应的认定，这一点在《解释》里也得到了肯定。因此，最后一种观点对不同的犯罪形态下的犯罪数额予以分别认定，做法是可取的。

（一）合同诈骗罪既遂形态的数额认定

要正确认定既遂形态下的犯罪数额，首先必须明确合同诈骗罪既遂标准。不同的既遂标准，对犯罪数额的认定也会不同。而对于既遂标准主要有以下学说：失控说、损失说、控制说、取得说、失控加控制说。而传统的刑法理论认为，应当以行为人是否骗取了对方当事人

① 张勇、高新杰：《犯罪数额问题研究》，载《河南师范大学学报》，2002(5)。

财物为标准，凡是行为人已经骗取了对方当事人财物数额较大的，就是合同诈骗罪的既遂；由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，则为合同诈骗罪的未遂。也就是说，在具体认定时，应当以行为人实际取得所骗的财物数额作为合同诈骗罪既遂形态的犯罪数额，即取得说。而根据《解释》之规定也采的是取得说。但合同诈骗罪所保护法益已发生了变动，《解释》之规定已不能适用于合同诈骗罪。按照合同诈骗罪之行为模式，交付财物和取得财物应是相对的，在数额上也应保持一致性。但是由于行为的复杂性，损失数额与取得数额往往并不相符。因为在某些情况下，受害人实际交付财物以后，行为人骗到财物前，在途中因管理不善而损耗，或者因其他原因导致行为人实际骗到手的财物数额小于受害人实际交付数额，如果以犯罪所得数额为犯罪数额，这部分损失数额无人承担刑事责任，会轻纵犯罪分子。并且对于很多合同诈骗罪涉及信赖利益的问题，被害人为与行为人签订、履行合同支付了很多费用、丧失了与其他人签订合同的机会都会给自己造成损失，虽然这些并非行为人实际取得之数额，但这些也都严重扰乱了正常的市场经济秩序，也应认定为本罪之犯罪数额，方能凸显本罪之法益变动。

（二）合同诈骗罪未完成形态的数额认定

犯罪的未完成形态包括犯罪预备、犯罪中止、犯罪未遂形态。在合同诈骗罪的未完成形态中，受害人实际交付财物和行为人犯罪所得数额是不存在的，只存在合同标的额和行为人主观上希望骗取的财物。行为人希望骗取的财物一般就是受害人实际交付财物，所以当有充分证据证明行为人意图骗取的财物的数额时应当以该数额作为犯罪数额。但是如果行为人主观上希望骗取的财物并无证据认定时，能否以合同标的额作为其犯罪数额标准存在争议。因为即使在既遂状态下，合同标的额也并非行为人所实际取得之数额，也并非被害人实际损失之数额，不论是采取得说还是损失说作为既遂标准，都不以合同标的额作为标准。但是若对未完成状态反而采标的额说的话，则无法显示对未完成状态之从轻、减轻之量刑原则。因此，在这种情况下，笔者认为应当区分合同订立阶段和合同履行阶段对其认定犯罪数额。在合同订立阶段而未遂的，应以缔约过失责任范围之数额进行计算。所谓缔约过失责任，是指当事人在订立合同过程中，因过错违反依诚实信用原则负有的先合同义务，导致合同不成立，或者合同虽然成立，但不符合法定的生效条件而被确认无效、被变更或被撤销，从而给对方造成信赖利益损失时所应承担的一种民事责任。而根据《合同法》第 42 条规

定：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：(1)假借订立合同的，恶意进行磋商；(2)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；(3)有其他违背诚实信用原则的行为。在合同订立阶段的合同诈骗行为显然符合以上几种情形，因此应以缔约过失责任范围来认定犯罪数额。一般而言，缔约过失责任范围即信赖利益的损失包括直接损失和间接损失。所谓直接损失，就是指因为信赖合同的成立和生效所支出的各种费用，如订约费用，准备履行费用及支出上述费用所失去的利息等。所谓间接损失，是指如果缔约方能够获得各种机会，而在另一方的过错导致合同不能成立的情况下，使这些机会丧失所造成的损失。对于直接损失可以计算，但是对于间接损失的物化计算并没有标准，因此应当限定在一定的范围内。

《德国民法典》第 307 条规定："在订立以不能给付为标的的合同时，明知或可知其给付为不能的一方当事人，对因相信合同有效而受损害的另一方当事人负损害赔偿责任，但赔偿额不得超过另一方当事人在合同有效时享有的利益的金额。"在实践中，因缔约过失责任给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失，即履行利益。而在合同成立后的履行阶段，则可比照预期违约的赔偿范围认定犯罪数额。预期违约，又称先期违约，是指合同履行期限到来之前，一方虽无正当理由但明确表示其在履行期到来后将不履行合同，或者其行为表明在履行期到来后将不可能履行合同。我国《合同法》第 108 条规定："当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。"预期违约有两种形式，明示违约和默示违约。对于合同诈骗罪行为人不可能明确表示不履行合同，恰恰相反，行为人是尽力让对方相信自己会履行合同而采取各种虚构事实、隐瞒真相的行为。因此，合同诈骗罪中往往是默示违约，即被害人通过证据证明行为人并不想履行合同。同时，作为合同诈骗罪的未完成形态和预期违约都是没有履行合同。故可以借鉴预期违约的赔偿范围对未完成形态的合同诈骗罪认定其犯罪数额。而对预期违约的预期利益赔偿范围，如合同有约定的，则按照合同约定的标准赔偿预期利益损失；但如果没有约定的情况下，则应包括被害人因合同订立、履行而支付的费用、违约金和可得利益。其中对于可得利益的范围，根据我国《合同法》第 113 条的规定，可得利益是指合同履行以

后可以获得的利益。可得利益必须是纯利润，而不包括为取得这些利益所支付的费用和必须缴纳的税收。可得利益主要有两种，一是合同的一方当事人在取得对方交付的财产基础上，利用该财产从事生产经营活动可以取得的预期纯利润。二是在提供劳务或服务的合同中，劳务或服务的提供者通过提供劳务或服务获取的预期纯利润。

在合同诈骗罪中往往被害人会提起刑事附带民事诉讼，就会涉及损害赔偿金的问题，而在刑事诉讼阶段以被害人的实际损害作为犯罪数额标准，可以实现民刑的交叉互动，也有利于对被害人权利的保护，更能体现对社会主义市场经济秩序的保护。

(三)连环合同诈骗罪之数额认定问题

1. 连环合同诈骗行为的认定

这种犯罪行为中又存在两种不同形式，一种是每次的诈骗均将被害人的财物占为己有，这种情况下显然其数额应当累计计算。但还存在另一种情况，虽然行为人实施了连环诈骗，但却有骗有还。在这种情况下，行为人将后一次诈骗得到的财物偿还上一次骗取的财物，也就是俗话说的“拆东墙补西墙”。对于这种情况，行为人并非意图将全部诈骗所得据为己有，而是只想占有其中的一部分。如果累计计算的话显然不符合主客观相一致的原则。《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条对此作出了明确规定：“对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算诈骗数额时，应当将案发前已经归还的数额扣除，按实际未归还的数额认定，量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑。”在实践中，处理连环诈骗犯罪时也是按照这一规定处理的。

2. 为还赌债骗租车辆低价卖出数额的认定

例如，胡斌于 2005 年 5 月至 2006 年 10 月期间，以租赁汽车为名，采用支付部分租金的手段，诱使郭某、陈某等多人与其签订租赁合同或达成口头租赁协议，共计骗取上述人员汽车 109 辆(价值人民币 587 万余元)。胡斌将其中绝大部分汽车“抵押”给他人以获取赃款，所获赃款均被胡斌挥霍或用于支付汽车租金及高额利息。

该案中，诈骗数额是认定为车辆价值的数额，还是抵押车辆价款的数额，或者是车辆价值的数额和抵押车辆价款的数额相加？实践中存在疑问。

笔者认为，应以车辆价值的数额作为诈骗犯罪的数额。原因如下：第一，骗取他人抵押车款的行为，实际上是事后的赃物处理行为，没有侵犯新的法益，根据一事不二罚的原则，不应认定为诈骗数额。否则，

有违罪责刑相适应原则。第二，在抵押车辆过程中，骗取他人抵押车款的行为，实际上是以车辆为对价，取得对方抵押款，交易是真实存在的，不存在合同诈骗罪的客观行为特征，这与盗窃罪处理赃物的性质是一样的。第三，从性质上来说，行为人只基于一个非法占有的目的，实行了一个诈骗行为，即骗车，因此数额也只能以车辆的价值认定。

三、合同诈骗罪中的“合同”

1. 合同的性质

我国《合同法》关于“合同”的性质、内容和形式做了最广泛的规定，以最大限度的保障经济活动。对于合同的范围是否仅局限于合同法中的“合同”争议也比较大。但是刑法和民法所保护的法律关系并不相同，因此，合同诈骗罪中的“合同”并不等同于合同法中的“合同”。根据通说的观点，合同诈骗罪中的“合同”，主要是指经济合同，其法律依据在于 1996 年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》中“利用经济合同诈骗他人财物数额较大的，构成诈骗罪”的规定。但随着 1997 年刑法修订后将合同诈骗罪从诈骗罪中分离出来，并且《中华人民共和国经济合同法》也于 1999 年废止。对于合同诈骗中的“合同”必须重新予以界定。

笔者认为，是否构成合同诈骗罪之“合同”，其标准应当立足于合同诈骗罪侵害法益的性质。这种犯罪不仅侵犯了他人财产所有权，而且破坏了社会主义市场经济秩序，因而合同诈骗罪中的“合同”，必须存在于合同诈骗罪所保护的法益范围内，首先必须能够体现一定的市场秩序。应当结合该合同的具体情况，考察其行为是否符合“扰乱市场秩序”的特征，否则就不能定合同诈骗罪。例如，行为人利用伪造的赠与合同骗取他人财物的就不属于合同诈骗罪。此类与市场秩序无关的各种合同，如婚姻、收养、扶养、监护等有关身份关系的协议，不属该罪所称合同之列。①

虽不具有合同形式，但是却扰乱了市场秩序的协议，也应纳入本

---

① 《刑事审判参考》(2004 第 4 集总第 39 集)中宋德明合同诈骗一案，就如何界定合同诈骗中“合同”的范围在论证过程中体现了上述主要观点。《刑事审判参考》(2004 第 6 集总第 41 集)，2004 年 11 月 24 日至 27 日苏州全国部分法院经济犯罪案件审判工作座谈会研讨综述中，形成了倾向性意见，《刑法》第 224 条规定的“合同”，应当能够体现一定的市场秩序，与市场秩序无关的各种“合同”“协议”，如赠与合同、劳务合同、有关身份关系的协议均不属于合同诈骗罪的“合同”范围。

罪的"合同"范畴。如以签订出国"聘请顾问协议书"的名义骗取他人钱款的行为是否构成合同诈骗罪，就反映出了对合同外延扩大化认定的态度。例如，被告人王某分别与詹洁、张伟等人签订"聘请顾问协议书"，以自己承包的松盛公司及自己成立的金世纪公司的名义，对外承揽出国签证咨询业务，每人收取 0.5 万元至 3.5 万元不等的钱款，许诺如办不成出国签证，再如数退还钱款。王某所签订的"聘请顾问协议书"，表面上像一个咨询性质的协议，具有技术服务性质，但根据其提供的所谓服务内容，实质上是一个代办出国签证性质的委托代理合同。这种委托代理合同，具有一定的代理服务内容并体现了一定市场经济活动性质，利用这种合同实施的诈骗犯罪严重扰乱了正常的代办出国签证的市场秩序，因此应认定为与经济活动有关的合同。[①] 其次，财产所有权法益本质也是此罪中合同所必须体现的。这也就决定了合同诈骗中的合同只能是能够体现财产转移或交易关系，能够为行为人带来财产利益的合同。因此，无偿的赠与合同则不能认定为本罪中的合同。

2. 关于合同形式

在合同法中，除法律、法规有明确规定之外，合同的订立既可以采用书面形式，也可以采用口头形式或者其他形式。有学者认为，在界定合同诈骗罪的合同范围时，不应拘泥于合同的形式，在有证据证明确实存在合同关系的情况下，即便是口头合同，只要发生在经济活动中，侵犯了市场秩序的，就应以合同诈骗罪定罪处罚。[②] 但有学者也指出，合同诈骗罪的合同应限定为书面形式合同，口头形式的合同不能成为合同诈骗罪的合同。[③] 关于这一问题，在司法实践中曾有王贺军合同诈骗案 [④] 对其进行了探讨。该案的判决认为，利用书面合同实施诈骗虽是合同诈骗罪的主要形式，但不能将利用口头合同进行诈骗排除在合同诈骗犯罪的形式之外，因此承认口头合同也属本罪所规定之"合同"范畴。

---

① 最高人民法院：《宗爽合同诈骗案——以签订出国"聘请顾问协议书"为名骗取他人钱财的行为如何定性》，载《刑事审判参考》(总第 58 集)，北京：法律出版社，2007，第 5 集。

② 郭生安：《合同诈骗罪、罪与非罪和认定》，载敬瑞祥：《民事违法与经济犯罪的区分与界定：四川省首届执法理论研讨会获奖论文选》，北京：天地出版社，2001，第 25 页。

③ 蔡刚毅：《析合同诈骗罪之合同》，载《刑法问题与争鸣》(2001 年第四辑)，北京：中国方正出版社，2001，第 404～405 页。

④ 最高人民法院：《王贺军合同诈骗案——以签订虚假的工程施工合同为诱饵骗取钱财的行为是诈骗罪还是合同诈骗罪》，载《刑事审判参考》(总第 51 集)，北京：法律出版社，2006，第 4 集。

笔者认为，利用口头形式实施诈骗犯罪与利用书面合同一样，所侵犯的客体都是他人财产所有权以及正常的市场经济秩序。在当前经济交往活动中实际存在着大量的非书面形式的合同，利用这些合同形式实施诈骗犯罪的现象也并不少见。如将其一概排除在合同诈骗罪之外，不仅与现实情况脱节，也有悖于新刑法确立合同诈骗这一罪名的立法精神。故所以，如果被告人的诈骗行为发生在经济活动中，利用实施诈骗犯罪的口头合同所包括的合同要素基本齐备，且确系通过合同的订立和履行的过程而骗取他人财物的，就应当认定为构成合同诈骗罪。而对于以口头协议方式骗取财物，不符合上述条件的，则应当以诈骗罪论处。

3. 关于"利用合同"

在普通诈骗罪中也会存在借以合同的名义实施诈骗的情形，这从表面上看与合同诈骗罪的犯罪构成是相符的，这使得司法机关在认定时在普通诈骗罪和合同诈骗罪之间徘徊。虽然是否存在合同是认定普通诈骗罪和合同诈骗罪的重要区别，但是对于那种借以合同名义的诈骗我们必须慎之又慎，方能正确认定罪名。而这就需要我们对"利用合同"进行认真解读。所谓"利用合同"，即通过合同的虚假签订、履行使得相对方陷入错误认识，从而交付财物，实现其非法占有目的。利用合同即是其诈骗行为。而对那些即使行为人也采用了合同的形式，但是相对方之所以陷入错误认识并非基于合同，而是合同以外的因素而使其陷入了错误认识而交付财物的，应认定为诈骗罪。不能仅仅因为存在合同而一概以合同诈骗罪认定。

4. 关于合同诈骗罪之合同效力问题

对于这一问题主要有三种意见。一是认为应为无效合同，因为违反了法律的强制性规定。二是认为应为无效合同，但是理由在于实施了欺诈行为但是损害了国家利益应为无效。三是认为应为可撤销合同，因为因欺诈行为所签订的合同应为可撤销合同并非无效合同。

笔者认为，合同诈骗罪之合同具有怎样的效力对于被害人能否实现有效救济具有重要意义，因此对于其合同效力应当谨慎认定，不能一概而论。在这里首先必须明确一个问题，合同诈骗罪所评价的是诈骗行为还是合同。刑法所针对的是行为，因此仅涉及对诈骗行为的评价而不涉及对合同的评价，合同之效力并不因为刑法对诈骗行为之否定必然导致无效，因此也就未违反法律的强制性规定，不能认定为无效合同；而对于第二种观点，虽然合同诈骗行为侵害了社会主义市场经济秩序和财产所有权，但是这并不意味着其损害了国家利益。在这

里对国家利益应作限制性解释，只有损害了国家安全、政治性利益才是损害了国家利益。因此，合同并非无效合同。故所以，笔者赞同将合同认定为可撤销的合同，将选择权交给被害人。因为如果一旦认定为无效合同，那么被害人就无法要求行为人继续履行合同以及获得更多的赔偿。而被害人撤销权的行使使得被害人的权利得到了最大程度的救济，行为人可以选择继续履行或者要求其承担违约责任的方式弥补其损失。

浅议合同诈骗罪及非罪、彼罪问题的探讨
——"非法占有"主观目的的催化作用

许丽纯*

[案例一]

犯罪嫌疑人杨某华于1999年开始即在石狮市服装市场采购服装。2009年10月8日至28日期间，犯罪嫌疑人杨某华分别向被害人洪某军、张某云等15人购买了总价值为人民币70万余元的服装，并预先支付货款人民币30万余元。2009年10月底，犯罪嫌疑人杨某华在未通知被害人及支付余款的情况下，返回其重庆家中。2010年2月，被害人洪某军在无法联系杨某华的情况下，向公安局报案。2010年5月，犯罪嫌疑人杨某华归案后，出具了在重庆老家治病的病历、疾病证明书等证据，并辩称系被下游客户拖欠货款而无法支付上游客户(即被害人洪某军等15人)的货款，并由其家属支付了全部余款。

[案例二]

2010年10月份以来，犯罪嫌疑人龚某持自制的名片，冒充福建省某厅级干部龚某勤的名义，谎称为被害人许某钗争取到江西省某公司的一高专土地转让工作的委托权，并与许某签订《转让协议》，约定由许某钗以人民币1.6亿元的价格受让该土地。在骗取被害人许某的信任后，犯罪嫌疑人龚某勤于2011年4月29日向许某钗借款人民币20万元，谎称将在上述土地转让合作项目中抵扣该款项，并以龚某勤的名义出具了借条后卷款隐匿。

一、问题的提出

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的

---

* 福建省石狮市人民检察院检察官。

方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

民事欺诈行为，是指在设立、变更、终止民事权利和民事义务的过程中，故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方作出错误的表示的行为。

目前，利用签订经济合同的方式进行诈骗，已经成为经济活动中较常见的犯罪形式，该类犯罪往往又同民事欺诈行为引起的合同纠纷交织在一起，罪与非罪的界限容易混淆，司法实践中既不能把签订经济合同过程中的欺诈行为皆以诈骗罪或合同诈骗论罪，也不能认定一个法律行为一旦具备经济合同形式要件就不涉及犯罪，如何准确区分诈骗罪、合同诈骗罪与民事欺诈行为之间的界限已成为法律实务中一个较为棘手的问题。

二、罪与非罪的区分关键——是否以非法占有为目的

合同诈骗罪与民事欺诈行为具有相同的表面特征，集中表现为均存在欺骗行为，致使行为人取得对不法财产的占有，欺骗行为的存在使合同诈骗罪与民事欺诈行为具备了最不易区分的特质。在实践中，只有在确定行为人是否存在非法占有的主观故意的基础上，才能对合同诈骗罪与民事欺诈行为的客观行为与客体进行确定并进行严格区分。合同诈骗罪与民事欺诈行为的主要区别有以下几个方面。

1. 主观目的不同

《刑法》明确规定，合同诈骗罪的主观要件为“以非法占有为目的”，这也是合同诈骗罪与民事欺诈行为最本质的区别。不论采取何种手段，合同诈骗罪的行为人主观上并无履行己方合同义务的意愿，而是希望通过欺骗手段致使对方单方履行合同“义务”，以达到自己非法占有对方财物的目的；而民事欺诈行为人主观上虽然也有欺诈的故意，但并不具有非法占有他人财物的目的，其实施欺诈行为的目的是为了影响对方的意思表示，并借以创造履约条件，须通过履行己方约定义务方能获得其所期望的不正当利益。

2. 客观表现不同

所谓主观目的，是指行为人希望通过实施某种行为达到某种结果的心理状态，主观目的不同，受行为人的心理态度支配和决定的客观表现也不同，在非法占有主观目的的支配下，合同诈骗罪与民事欺诈行为在客观方面也有不同的表现。

(1)欺诈的内容和手段不同。合同诈骗罪的行为人本身并没有履行合同义务的意愿，或者根本没有履行合同义务的实际能力，为了达到骗取对方财物的目的，其欺骗的内容多为虚构事实、隐瞒真相，而不局限于合同条款或约定内容(行为人并无履行合同义务的意愿，故合同双方权利、义务如何分配不在其考虑之列)，则行为人采取的手段也较具多样性、隐蔽性，如虚构单位、冒充身份、提供虚假证明作担保等。而民事欺诈行为人的目的在于设立、变更、终止民事权利或民事义务，欺诈行为仍含有民事内容，行为人期望的是通过欺诈行为为自己获取经济利益，但这个利益的获得须通过履行己方的合同义务才能实现，则民事欺诈的侧重点还是在于合同条款或约定内容，行为人一般采取弄虚作假的手段，诱使对方违背真实意志表示与自己签订合同，旨在免除、减少己方义务，排除对方权利或增加对方义务，再通过双方的履约行为获取利益。

(2)履约能力与行为不同。合同诈骗罪的行为人主观上并无履行合同的诚意，客观上可能也不具备履行合同的能力，则其一般不做履行合同的积极努力，无履行合同的实际活动，或者是仅仅履行小部分合同而骗取大部分财物；而民事欺诈行为人往往具有一定的履约能力，只是可能在与对方当事人的磋商过程中，为了促使对方与自己达成协议而弄虚作假，后在履约过程中因为客观上的某些原因，导致其虽经多方努力仍不能履行己方义务而使对方当事人遭受严重损失，该结果的出现不在其追求的目标范围内。

(3)对获取的财物的处理不同。合同诈骗中，因行为人的主观目的即非法占有对方当事人的财物，则其在取得财物后，或卷款潜逃，或转移藏匿，或挥霍消费，根本不想履行己方合同义务或将财物返还给对方；而民事欺诈中，行为人在取得财物后，一般会将财物用于双方约定的用途中，如购买生产资料、雇用劳动力等，积极为履行合同创造条件。

(4)产生的法律后果不同。合同诈骗罪的行为人侵犯的客体是经济合同管理秩序公私财物的所有权，触犯了刑法的规定，行为人应承担刑事责任。民事欺诈行为人侵犯的是债权，受民法规范，行为人应承担民事责任。

综上，合同诈骗与民事欺诈行为虽然具有令人混淆的表面特质，但“非法占有目的”的主观目的的存在与否，实际上已从本质上将二者区分开，但须再结合在不同的主观目的支配下的不同客观表现，才能对二者进行准确判断。

三、"非法占有目的"的准确判断

合同诈骗罪属典型的目的犯，行为人主观上须为直接故意，即实施犯罪的目的就是要占有他人财物，如前所述，非法占有的主观目的的存在与否是区分罪与分罪的关键，然而实践中，经常会碰到行为人拒不承认其主观犯意的情况，则如何仅凭行为人的客观行为表现及行为后果来判断行为人实施行为及造成结果时的心理态度，从而推断出主观目的但又避免出现"客观归罪"的现象就成为司法工作者须准确把握的一个重点。

(一)如何从客观表现推断行为人的主观故意

根据《刑法》第 224 条规定，合同诈骗罪的客观方面主要表现为以下几种行为：(1)以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；(2)以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；(3)没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；(4)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；(5)以其他方法骗取对方当事人财物的。则在司法实践中，我们应针对上述几种客观行为，从以下几个方面综合考察，才能准确、全面地判断行为人是否具有非法占有的目的。

1. 签订合同或订立约定时，有无实际履行能力

认定行为人有无实际履行能力应从签订合同时，行为人的主体资格、资信能力、履约条件、资产情况进行判断，如果行为人明知自己没有履行约定义务的能力，而且也无履行合同义务的意愿，却仍与他人签订合同，一旦财物到手，即不再理会所谓"合同"，则应以合同诈骗罪论处。但不能只因为行为人在签订合同时无实际履行能力即认定行为人构成犯罪，如案例一中的杨某华，虽然不具备完全履行合同的条件，但系在履行合同过程中遇到意志以外的原因，导致合同无法完全履行，在这种情况下，不宜只因该情节的出现即将其行为认定为合同诈骗罪。

2. 签订、履行合同过程中，有无欺骗行为

如果行为人在签订、履行合同过程中完全没有欺骗行为，那么，即便合同无法完全履行，也不宜认定行为人构成合同诈骗罪；反之，并非行为人有欺骗行为就一定构成合同诈骗罪，如前所述，须先排除民事欺诈行为，即行为人虽然实施了一定的欺骗手段，但并未影响对

合同的履行的，亦不应认定为合同诈骗行为。但如果行为人实施的诈骗行为旨在掩盖自己不欲或不能履行合同的真相，并通过该欺骗手段骗取信任从而取得对方财物或获得财产型利益，给对方造成重大损失的，应当以合同诈骗罪论处。

3. 签订合同后，有无履约行为

善意的合同相对方在签订合同后，总会积极创造条件去履行合同，如购买生产资料、配置人员或筹集货款等；而利用经济合同骗取财物的行为人，在合同签订之后，因为没有履行合同的意愿，所以也不会有履行合同的行为，又或者只是履行了小额合同从而欺骗对方签订标的额更大的合同。因此，有无实际履行行为也是判断行为人有无全面履行合同诚意的标准，是判断行为人是否具有非法占有目的的共同指标。

4. 对取得的财物的处置情况

行为人对取得的对方的财物的处分情况在很大程度上反映了其主观心理状态。在正常的经营活动中，合同双方当事人总会积极创造条件去履行合同，并依据合同约定来处理合同标的物。但合同诈骗行为人则不同，其签订经济合同的目的在于获取合同标的物，则一旦取得财物，其犯罪目的就已达到，或卷款潜逃，或转移藏匿，或挥霍消费，而不会将合同款用于约定用途，也不会用于为履行合同创造条件。但并非所有将合同款挪作他用的行为均应定性为合同诈骗行为，如我们实践中常见的“借鸡生蛋”行为，行为人不过是因为一时资金困难，企图临时占用他人财物用于自己的某种临时用途，虽然不想履行合同，但也不想长期占有，只要能在短时间里偿还并赔偿合同相对方的经济损失，就不宜以合同诈骗罪论处。

5. 在未履约的情况下，采取何种补救措施

通常情况下，当事人在签约之时均会对双方的违约责任进行约定且对己方承担违约责任的能力大小有所认识，善意的合同相对方主观上并不追求违约结果的出现，则一旦出现违约情况，善意的合同相对方会主动承担违约责任。而合同诈骗行为人往往不具有风险承担能力且根本不愿承担违约责任，一旦对方当事人的履约行为为其带来预期的经济利益后，其将不再履行己方义务，其非法占有的主观目的，导致违约结果的必然出现，因此合同诈骗行为人在未履约的情况下，不会承担由此产生的违约责任。

6. 不能履约的原因

在确定行为人的未履约行为已构成违约的情况下，我们还需要具

体分析一下不能履约的原因。如前所述，善意的合同相对方并不追求违约结果的出现，故其在缔约后，总会积极主动地尽最大努力去履行义务，只是后来发生了不可抗力或意志以外的客观情况，导致合同无法全面履行，属于“欲而不能”的情况；而合同诈骗行为人主观上根本就没有履行合同的意愿，属于“能而不欲”或“不能也不欲”的情况，则不能履约的原因出自于行为人的主观因素。由此可见，不能履约的原因也是判断行为人主观上是否具有非法占有目的的重要参数。

综上所述，对合同诈骗行为的判断，应该结合实际案情，综合考察上述各方面的因素，既要符合非法占有故意的主观要件，也要符合在签订、履行合同过程中，实施了欺骗行为，致使被害人“自愿”交出财物的客观要件。同时，对上述六个要素的考察应是全面性的，不能割裂开来只考虑其中的一项或是几项就片面地认定为犯罪。

（二）非法占有目的产生的时间点问题

虽然非法占有目的的存在与否是区分罪与非罪的关键，但并非所有在签订或履行合同过程中产生“非法占有目的”的行为都应归于合同诈骗罪。笔者认为，在利用签订合同这一手段取得对方财物的行为发生时，是否产生了非法占有的目的，才是合同诈骗罪区分于侵占罪、合同经济纠纷的关键所在。

1. 非法占有的主观故意产生在占有财物之前

目前，我国刑法采取主客观相统一的定罪原则，即对犯罪的认定和追究责任，必须主客观相一致。认定一个人的行为是否犯罪，应该是主观上有罪过，客观上有危害行为，并且必须是这种主观上的罪过和客观上的危害行为和结果之间有必然的因果关系。主观上的罪过是危害社会的行为和结果的原因，而这个行为必须是主观上的罪过的必然结果(即犯意产生在前，实施行为在后)，客观上危害社会的行为和主观上的故意或过失的统一，是构成犯罪的基本标志。如前所述，合同诈骗罪的行为人主观上须有非法占有的故意，而非法占有指行为人非法地改变公私财产的所有权，即改变他人依法对财物享有的占有、使用、收益、处分的权利，根据主客观相统一的原则，合同诈骗罪的行为人在非法占有的主观故意的支配下，实施了危害社会的行为，采取虚构事实或隐瞒真相的手段欺骗他人，以达到危害社会的结果，非法占有他人的公私财物，则非法占有的主观故意必然产生在非法占有财物这个危害结果之前，方能构成合同诈骗罪。

2. 非法占有的主观故意产生在占有财物之后

取得对方的财物之后才产生非法占有目的，进而不履行合同义务

并非法占有对方财物的行为，因为没有利用经济合同诈骗他人财物，即未实施合同诈骗罪的手段行为，则不符合合同诈骗罪的客观要件，不宜认定为合同诈骗罪。如我们在经济活动中最常见的“老赖”现象，“老赖”们拥有偿还到期债务的能力，但是基于某种原因拒不偿还债务，主观上具有故意拖延履行债务的恶意，如果“老赖”的非法占有故意产生在财物之后，则其取得财物凭借的是对方当事人的信任而非虚构事实或隐瞒真相的诈骗手段，则在其恶意占有对方财物拒不退还的情况下，最多是符合侵占罪的行为特征，而不宜用合同诈骗罪进行约束。

四、此罪与彼罪的区分——欺骗行为是否发生在签订、履行合同过程

合同诈骗罪是 1997 年《中华人民共和国刑法》修订时，从普通诈骗罪中分解出来的新罪名，根据《刑法》第 266 条规定，“诈骗公私财物，数额较大的……本法另有规定的，依照规定，”则合同诈骗罪符合普通诈骗罪的全部构成要件，与普通诈骗罪是特殊与一般的关系，均是以非法占有为目的，采取虚构事实或隐瞒真相的行为，骗取他人数额较大的公私财物的行为，但合同诈骗罪发生在签订或履行合同过程中，致使两罪有了区别。

1. 侵犯的客体不同

普通诈骗罪侵犯的是一般公私财物的所有权，只侵犯了财产权这一简单客体；而合同诈骗罪侵犯的是双重客体，既侵犯了他人对公私财产的合法占有权，也侵犯了经济合同管理秩序，因此诈骗罪属于侵财类犯罪，而合同诈骗罪属于破坏社会主义市场秩序类犯罪。

2. 手段行为不同

普通诈骗罪的客观方面表现为使用骗术，即采取虚构事实或者隐瞒真相的方法，使财物所有人、管理人信以为真，“自愿地”交出财物，即只要行为人实施了上述诈骗行为以取得被害人的财物，则不管其诈骗行为发生在哪个阶段，皆可能构成诈骗罪。而合同诈骗罪作为特殊罪名，要求行为人的诈骗行为必须发生在“签订、履行合同过程中”，利用签订经济合同的特定手段骗取数额较大的公私财物，则只要正确把握何谓“合同”，何谓“利用签订经济合同的手段”，就能明确区分普通诈骗罪与合同诈骗罪的界限。合同诈骗罪在刑法体系里，属于扰乱市场秩序罪，立法规定该罪的本意在于保护市场经济秩序，则合同诈骗罪的“合同”必须是能够体现市场经济关系的合同，即民事主体之间

为实现一定目的依法达成的具有权利义务内容的协议。根据《中华人民共和国合同法》第 10 条规定，“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式，采用书面形式。”则在无国家强制性规定、当事人约定的情况下，合同的形式不限。综上，只要是能够体现市场经济关系的有效合同，不论形式如何，都属于合同诈骗罪中的“合同”的范畴。

综上，是否利用了经济合同的特定手段进行诈骗、是否同时扰乱和侵害了市场经济秩序的客体成为区分普通诈骗罪与合同诈骗罪的两个客观标准。如本文案例二中，关于犯罪嫌疑人龚某勤的行为应构成普通诈骗罪或合同诈骗罪存在着分歧。一种意见认为应认定龚某勤的行为构成诈骗罪，因其系以借款为幌子（出具了欠条），致使被害人许某钗将 20 万元交给其占有，并未利用经济合同手段，故应认定为诈骗罪；另一种意见认为应认定龚某勤的行为构成合同诈骗罪，笔者同意第二种意见。案例中龚某勤并没有取得江西省某公司高专地块转让工作的委托权，则其与被害人许某钗签订《转让合同》时并无履行合同的能力，在合同签订之后，也并未就履行合同做任何积极努力，其主观上并无履行合同的意愿，客观上也不可能履行合同。而犯罪嫌疑人龚某勤在未履行任何合同义务的情况下，以借款转本金的方法骗取许某钗先履行合同并投入 20 万元，虽然龚某勤出具了欠条，但许某钗却是基于合同的存在和龚某勤借款转本金的承诺，系为了履行合同之目的而支付 20 万元，如果没有《转让合同》，许某钗不可能将该 20 万元支付给龚某勤。综上所述，龚某勤的行为不是普通的诈骗行为，而是以经济合同和借条的方法取得对方的信任，进而骗取合同对方当事人的财物，其诈骗行为是发生在履行合同的过程中，构成合同诈骗罪。

以上是笔者对检察工作中经常遇到的一些问题的粗浅分析，但因为经济活动的复杂性、多样性，导致合同诈骗罪行为人的手段及表现也是多种多样，法律上不可能穷尽，在司法实践过程中，我们仍需对具体案例具体分析，结合行为人的主观要件及客观表现，综合判断其行为定性。

关于某基层检察院2008—2010年受理的诈骗犯罪的调查报告

胡素芹*　程万峰**

诈骗罪是一个古而弥新的犯罪，随着社会的发展，诈骗罪所涉及的犯罪类型、犯罪手段、犯罪对象都有了很大的变化，尤其是通信手段的高速变化，在给人们提供便捷联通的同时，也给诈骗这一犯罪分子提供了有利“商机”。“甩麻袋”“秘鲁币”等诈骗手段也越来越为更多的人所熟知，但每天仍有数量无法统计的人在配合施骗者上演着“天上掉馅饼——砸到你头脚”的“人间悲喜剧”。到底是谁动了你我的“钱包”？他们又以怎样的方式悄然改变着你我的“钱包”？2011年5—7月，笔者就这一问题调查了某基层检察院近三年来涉嫌诈骗犯罪的批准逮捕情况。

2008—2010年，该基层检察院共受理公安机关提请批准逮捕案件共计1486件1879人，其中涉嫌诈骗犯罪共计284件321人，批准逮捕261件291人，不（予）批准逮捕21件28人，因证据发生变化公安机关主动撤回案件2件2人，涉嫌诈骗犯罪批准逮捕率70%多。

一、近年来涉嫌诈骗的主要类型及典型案例

该院近三年来受理公安机关提请批准逮捕的涉嫌诈骗的案件主要类型有以下几种。

1. 招生类诈骗

该类型诈骗对象主要针对的是急于求学的学生家长和急于求职的毕业生及其家长。近三年来，该基层院共受理提请批准逮捕该类型案件6件8人，经审查后全部予以批准逮捕。

典型案例一：2008年6月30日，犯罪嫌疑人杨某伪造出一个“××测绘职工中等专科学校”，在某市某区友谊西路四通大厦9楼租房办

---

* 西安市碑林区人民检察院助理检察员，法学硕士。

** 西安市雁塔区人民检察院专职检委会委员。

学，将招生简章发布到“39招生网”上。同时，犯罪嫌疑人杨某招募社会闲散人员大量招收学员，收取每位学员入学费5500元，给予虚假承诺，毕业后给安置工作。至案发时止，犯罪嫌疑人杨某共诈骗一百余人，非法所得近百万之巨。

典型案例二：2010年元月至2011年元月，犯罪嫌疑人许某利用所办理的假证件“××省烟草局招聘决定书”（该文件经鉴定为假）和部分学生学历证明，假借可以帮受害人胡某等8名刚毕业的大中专院校学生招到××省高速集团公司和中国烟草工业公司××分公司上班，陆续骗取该8名受害人人民币84.5万元。

2. 股权诈骗

该类型诈骗是近年来比较新型的诈骗类型，案发数量不多，但却可能成为未来诈骗案的主流类型。

典型案例：2007年8月份，××乾恒实业有限公司法定代表人石某在北京结识了犯罪嫌疑人高某，高某自称是北京大金融研究所的研究员，在证监委和证券公司有一些朋友，并提出可以××乾恒实业有限责任公司通过内部渠道购买到××金钼股份有限公司的原始股。2008年2月，高某以给××乾恒实业有限责任公司购买××金钼公司的原始股票为由，向乾恒公司索要56万元人民币；2008年5—11月期间，因未能购得金钼公司的原始股，高某又向乾恒公司推荐金川矿业的原始股，以同样手法骗取乾恒公司用于购买原始股的152.8万元人民币。高某至今未为乾恒公司购买到任何原始股票，并将骗取的所谓购买原始股票款208.8万元据为己有，后逃逸。

3.“秘鲁币”诈骗

该类型的诈骗有越演越烈之势，在2011年度该基层院就受理了两件7人利用秘鲁币诈骗的案件。而所谓秘鲁币，实际上是作废的秘鲁币，据办案检察官讲，这种“秘鲁币”更能考验一个人的定力，由于该类型诈骗的完成至少得三人以上，属于团伙、“接力式”作案，受害人的辨识能力受到一次次的考验，则该类诈骗成功的几率就较高。其受理的两件该类型的诈骗犯罪，犯罪嫌疑人均是屡试屡得，诈骗成功率竟为100%，受害的对象多为中年女性，但也不乏中青年男性，甚至包括接受高等教育及以上学历的人。

典型案例：2010年12月7日，犯罪嫌疑人周某、李某、高某某三人驾车窜至西安市碑林区火炬路北口，由犯罪嫌疑人高某某冒充山东来西安办事人员搭识受害人王某后，以出车祸找人问路为由，将受害人王某骗至西安市碑林区长兴路省西安广播电视大学门前，由犯罪

嫌疑人周某冒充西安广播电视大学陈主任，犯罪嫌疑人高某某以身上携带的现金不够需找嫌疑人周某用作废的秘鲁币冒充“融资券”兑换人民币，犯罪嫌疑人周某假意找来冒充银行工作人员的犯罪嫌疑人李某与作废秘鲁币进行兑换，在骗取受害人王某信任后，三人共同骗取受害人王某人民币31 000元后，逃离现场。2010年11月至案发时，上述犯罪嫌疑人采取同样手段骗取受害人6人次，诈骗金额累计达18万余元。

4. 电信诈骗

该类型诈骗可谓当今诈骗案件的新主流，但随着人们防备该类型诈骗一时的增强，犯罪嫌疑人施骗的难度也越来越大，但仍有为数较多的人成为受害人。该类型诈骗又主要包括电话欠费诈骗、中奖短信诈骗、银行卡消费诈骗、制造交通事故诈骗等种类。

典型案例：2011年3月的一天，受害人陈某的手机收到一条短信：“美国康柏电脑集团庆祝海分公司成立，特举办手机号码抽奖活动，你已中二等奖，奖金5万元人民币，咨询电话：131……”陈某拨打电话咨询，对方确认他中奖5万元，并要求他汇1500元到指定账户交纳个人所得税。陈某汇去1500元后，对方又发来短信，说奖项搞错了，不是二等奖，是一等奖，奖金人民币50万元，要加收个人所得税和关税。陈某又按指定账户汇去个人所得税和关税。见陈某确信不疑，骗子再次给他发了一条信息：“奖项搞错了，不是一等奖，是特等奖，奖金人民币100万元。”陈某想都没想，依旧按对方指定的账户汇去了所需费用。就这样，陈某在近一周时间内先后3次从银行向指定账户汇去近50万元，其中一部分还是陈某背着家人外借的钱，更让家人气恼的是，陈某还一直沉浸在中了“大奖”的喜悦中，浑然不知自己受了骗。至今该案尚未结案，公安机关抓获了其中一名犯罪嫌疑人，为陈某追回损失10余万元。

二、诈骗原因分析

诈骗犯罪为何屡禁不止？为什么诈骗犯罪分子在选择施骗的对象时总喜欢把目光盯在老年人尤其是女性老年人身上呢？总结上述典型案例，我们不难找到其中的原因。

第一，从犯罪分子的角度看，诈骗案的作案成本低，却有着高额度的“回报”。在进行本文之前的基层调研时，检察官们说道：诈骗犯罪屡禁不止，一个最直接的原因就是犯罪分子作案成本低，“回报率”

高。犯罪分子作案工具有的只需一部手机，有的是一些废旧报纸，有的甚至只是一些"莫须有"的口头承诺，凭着他们的三寸不烂之舌就可以拥有可观的收入。在讯问一起电信诈骗案时，被抓获的从事银行卡贩卖的犯罪分子交代，一张本省银行卡的价格大约 100 元，外省卡 200 元左右。通过群发器，一个骗子一个晚上就可以发出 10 万条虚假诈骗虚假短信，每发 1000 条信息，至少有一两个老人"上钩"。骗子将受害人套牢后一般可获取上万元甚至 10 多万元的"收入"。空手套白狼者更是降低他们的诈骗成本，那些自称与某某官员关系不一般的诈骗分子更只是凭借他们的"信口雌黄"不费一分一毫，只是浪费些许唾沫就能够获得也许令犯罪分子都会瞠目的不菲收入。在笔者的调查中，一宗涉嫌诈骗的犯罪团伙就是靠着他们的"铁齿铜牙"诈骗他人，受害者达 21 人，诈骗金额百余万元。如此低成本高回报的诱惑不断地引诱着希图捷径梦想一觉成富翁的人前赴后继加入诈骗的犯罪行列。

第二，从诈骗犯罪的特点来看，该类型案件作案隐蔽性大，打击难度大，公安机关和检察机关在办案过程中发现，不法分子实施诈骗时，更善于伪装自己。他们作案时一般没有固定的居所，为了掩人耳目，租住他人房子，或者直接在公共场所进行施骗，待受害人发现自己受骗报案后，公安机关在到达其提供的受骗地点时往往已是人去楼空，回天乏力。在一起招生诈骗案中，犯罪嫌疑人供述道：为了躲避公安机关的打击以及其他有可能招致的阴谋败露，他们一般住在宾馆，对受害人说是为了工作的便利以及更方便的接近"上头领导"，即便是住在宾馆，他们一般也不会将房间号轻易告知受害人，如有必要，他们也会选择在公园、图书馆等公共场所作为商谈的地点。同时，这类诈骗发生又由于受害人或多或少有着"走捷径"或"不法利益"之嫌，他们直接或间接地认同施骗者的行径，直至配合施骗者圆满地完成整个诈骗过程。而这一特性，在手机短信诈骗案中更凸显其性。犯罪分子往往在甲地买手机卡，乙地办银行卡，丙地取款，而犯罪嫌疑人一般不在银行露面，不与被害人见面，不留任何痕迹，就完成诈骗犯罪过程：如雇请他人开户，冒充公证机关打电话，雇请专人发送虚假信息，指定家族成员取款等，以达到隐蔽自己、转移受害人及公安机关注意力的目的。有的诈骗分子还通过劳务输出等手段招聘境内人员在境外实施诈骗，犯罪手法十分隐蔽。另外，电信部门推出新的通讯业务，往往先被不法分子利用，成为他们逃避打击的"利器"。像语音网络电话，只能接听不能回拨，显示出的号码也不同于现在的固定电话或手机的样式，多数受害人不知道如何报案。还有近年推出的"一号通"业务。

一个号码可以捆绑五到六个地址不同的电话或手机号码，公安机关很难查清楚犯罪分子真实的作案地点。而高科技信息诈骗案件侦破难度大，成本高，犯罪分子使用高科技信息诈骗，事先都要伪装准备，设法逃避警方的打击。如发送短信或打电话的工具，一般是假证异地办的手机号，或使用网络电话，侦破这类案件需多部门配合行动，且地域跨度大，技术性强，这些都给警方的侦破工作增加了难度。破案率低，犯罪分子很容易就逃避警方打击，是此类案件居高不下的一个重要原因。

第三，从对诈骗案处罚力度看，现行法律、法规相对滞后，对该类型案件打击力度不够。一方面，立法上没有对新型诈骗如电信诈骗中的固定电话和手机短信诈骗违法行为作出明确界定，这给司法实践对该类型诈骗的界定出现程度不同的定性上的差异，同时诈骗犯罪量刑较低，且大多量刑偏轻，再加上对诈骗数额的认定有很大的难度，犯罪分子往往钻法律的空子避重就轻，即使被抓获处理，实践中往往出现犯罪嫌疑人退赔后可能获得更低的刑罚甚至免于刑罚，这样，在高额利润的诱惑下，一些人仍然不惜以身试法，重操旧业；另一方面对涉嫌诈骗的打击力度不够。2011 年 3 月 1 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条将诈骗公私财物价值二千元提高到三千元方认定为《刑法》第 266 条规定的“数额较大”、第 3 条规定的“一审宣判前全部退赃、退赔的”“被害人谅解的”都可以不起诉或免于刑事处罚，这些既体现了对犯罪嫌疑人权益的维护，也体现了“罪行法定”这一最基本的原则，但在司法实践中难免有“放纵犯罪”之嫌。

第四，从诈骗案受害人方面看，其中不乏人性的弱点，一是“天上掉馅饼”式思维仍在较众人群中存在，这种对于事物过于天真乐观、难以抑制的幻想，就被犯罪分子利用到极致。施骗者设计逼真的游戏规则让极具有这种幻想的人觉得真的是“天上掉馅饼”了，意外的大惊喜就来了。觉得既然得到了这么不可思议的大“馅饼”，付出一点点的费用那也就无足轻重了。于是，受害者就会很爽快地给其付费。这个实际上是“彩票逻辑”，而恰恰就是这种逻辑使得我们对于运气期望常常会主导我们的理性。于是，昏头昏脑地被施骗者的神话所诱惑，直至上当。二是人性的另一弱点——“杞人忧天”。人类对于危机的恐惧、对问题的焦虑与生俱来的。过于乐观常常有人提醒，而过于忧虑往往被视为合理。因此不少人就更强烈的忧虑，担心不可控的局面造成危机，施骗者就要利用这个弱点，于是，诸如电话欠费、银行账号被人

用、家人遇到危险等就成了骗子牟利的最好的彩头。无论是“天上掉馅饼”的过于乐观，还是“杞人忧天”式的悲观，都是人性弱的表现，也是施骗者骗取所得的最重要的因素。

三、应对诈骗的主要措施

“智者千虑必有一失”，更何况是处心积虑的施骗者，要做好应对诈骗的措施，就能很好地保护自己“钱包”，至少不会轻易地让施骗者得手。

第一，针对犯罪分子利用现代高科技通讯工具实施诈骗，最具有一定的迷惑性、隐蔽性和欺骗性，但只要遇事不慌，保持镇静。若收到令人不安、“杞人忧天”式的短信或电话，当事者不要慌张，保持镇静的心态，理智思考，从容判断，进而辨别真假。不轻信耳闻目睹，而是要多方面、多角度的证实信息的真伪，只要从另一个侧面或角度考证一下，骗子的伪装就会暴露。兼听则明、偏听则暗，旁观者清，当局者迷，寓意就是当事人身处特殊情景，往往会不能理智判断，而局外人受情景干扰小，所以当事者在收到这类信息后听一下朋友、邻居、同事的意见，让其帮助判断解决；另外就是要克服家丑不可外扬的保守心理，这是从源头上预防高科技信息诈骗最有效的手段。

第二，针对诈骗对象为老年人的应对策略。实践中“甩麻袋”及“神医治病、现金变废纸”式的诈骗招式主要针对的都是老年人。平时，老年人不要随便与陌生人搭话，更不要随意透露自己的家庭情况，对不明信息切勿信以为真，不要轻易地将个人息透露给陌生人。同时，老年人还要增加知识面，不封建、不迷信。很多骗子正是利用老年人对银行等业务不熟悉，对电脑等高技手段接触度不高的特点套取老人，老人只要细心留意，就能发现诈骗手段破绽百出。不能与子女同居的独居老人更要加强与子女、邻里、社区民警的沟通，谨慎对待突如其来的取款和转账短信，遇到无法确定的情况，应及时向他人(熟悉的人)询问。老年人平时还要通过电视、广播以及其他平台了解防范知识，或走进街道社区，与邻里、民警交流，增加预防诈骗知识。

第三，加大打击涉嫌诈骗的力度，在司法实践中搭建试行行政管辖区域诈骗刑事联合网络平台，各管辖区域对该辖区出现的新型诈骗及时通报他区域，并通过该平台出现的共同类型的诈骗形式找到该诈骗种类的共同特点，交流打击犯罪心得，制定防范措施。针对诈骗罪数额提高，小额诈骗行为，可建立“司法一社区域矫正”制度，即针对

破案的诈骗行为尚未构成诈骗罪的，由司法机关将施骗者交由当地社区，由其对施骗者进行监管，确保其未来行为的正当性、合法性。

第四，在涉嫌诈骗批捕环节中引进风险评估机制。笔者在做调研的基层检察院发现，该院批准逮捕环节设计了《侦查监督风险评估机制》。侦查监督风险评估就是通过对刑事犯罪嫌疑人个人情况、犯罪情况、社会帮教情况、刑事附带民事赔偿情况、被害人与犯罪嫌疑人达成合意情况等因素的调查，揭示支配犯罪嫌疑人继续犯罪或妨碍诉讼的因素以及对社会影响等综合效果，进而决定是否作出对犯罪嫌疑人逮捕的决定，及对作出决定后的风险再监控。如对犯罪嫌疑人主观恶性小、有明显悔罪表现、能及时赔偿被害人损失并得到了被害人谅解的案件，依法作出从轻处理，作出不予批捕决定或建议公安机关撤回。风险高，说明发生社会危险的可能性高，作出不予逮捕决定的可行性就低；反之，风险低，说明发生社会危险的可能性就低，作出不予逮捕决定的可行性就高。但该风险评估机制在该院的适用范围仅限于故意伤害(轻伤)案件和交通肇事案件，笔者以为，在涉嫌诈骗案件中引入该机制，可以更有利的打击犯罪，保护受害人的合法利益。诈骗案件引入风险等级评估方法可作如下设计。

诈骗案件风险等级评估标准

评估内容			风险等级		评估结果
犯罪嫌疑人个人情况	性格特点				
	家庭情况				
	社会交往				
	成长经历				
	受教育程度				
犯罪嫌疑人犯罪情况	犯罪动机				
	犯罪目的				
	主观故意				
	侵犯客体				
	共同犯罪中的作用				
	悔罪表现				
	前科				
犯罪嫌疑人主要社会关系					
犯罪嫌疑人赔偿、补偿情况					

续表

评估内容		风险等级		评估结果
犯罪嫌疑人与被害人及其家属达成合意情况				
其他要说明的情况				

诈骗案件风险评估机制设计就是通过对上述风险评估的内容进行系统的分析后所统计出的风险程度，在这里我们可以将风险程度分为低级、中级、高级，这三个等级所对应的就是风险评估的结果，低级意味着风险较低，我们可以作出不予逮捕的决定而辅之以其他的强制措施；高级意味着风险程度较高，只有作出逮捕的决定才足可以防止危害情况的发生和实现惩罚犯罪的目的；风险等级为中级的比较复杂，除了对上述所有可能的风险评估的内容进行再评估外，还有衡量可能引起的社会效果，作出决定后的法律影响、对被害人和犯罪嫌疑人双方家庭的影响等进行再评估，慎重对待，酌情处理。

在诈骗案件中，施骗方的目的是为了获取财物，与之相对应的是受害方失却了财物，对于受害人来说，他们最迫切的也是追回失却的财物。诈骗案件如果能在批准逮捕环节引入风险等级评估，则可以调动犯罪分子退赔的积极性，减少受害人的损失，同时，犯罪分子“偷鸡不成蚀把米”的教训必能使其“吃一堑长一智”，以此作为经验教训，使其在以后的行为中“怯于骗”，打击犯罪与保护权益的双重目的即可达到。

论汽车租赁诈骗案中的合同

——基于47起案件的实证研究

李　军[*]　王俊杰[**]

汽车租赁是指经营者在约定时间内将汽车交付承租者使用，收取租赁费用，不提供驾驶劳务的经营活动。[①]随着汽车租赁市场的不断扩张，以汽车租赁为名诈骗汽车的犯罪呈现出不断增长的趋势。同时，由于此类犯罪在理论和实务上的疑点还没有很好地解决，在一定程度上对案件的快速准确办理形成制约。笔者以相关理论为指导，对刑事裁决文书进行研析和评述，以期对澄清理论难点和促进案件办理有所裨益。

一、样本综述

如果一项实证研究无法顾及全部对象，那么科学地选取样本则至关重要。经常使用的方法有简单抽样、分层抽样、系统抽样、整体抽样四种。每种抽样方法均有其优点与不足，样本代表性也存在着一定差异。由于没有全部汽车租赁诈骗犯罪的清单，分层抽样、系统抽样、整体抽样等方法无法采用，而根据手头掌握的案件进行简单抽样，又有代表性不充分的担心。为了较好地解决这一问题，笔者本着注重权威性、保证样本代表性的原则，以中国法律检索系统为基础，从该系统的司法案例库中选取案例。鉴于此种方法的合理性有待验证，尽可能详细地介绍一下样本选取情况是必要的。

取样步骤：通过首都检察网首页进入“中国法律检索系统/司法案例库”，以标题关键词“合同诈骗”+全文关键词“汽车租赁”检索，得到资料41件。经初步整理后，其中有4件为案例分析材料，有3个案件收录一、二审裁判文书。扣除虚数后，共得有效样本34件；同时，以

---

* 北京市房山区人民检察院副检察长。

** 北京市房山区人民检察院检察官。

① 参见《北京市汽车租赁管理办法》第2条。

标题关键词“诈骗”+全文关键词“汽车租赁”为关键词进行检索，得到资料62件。经初步整理后，其中41件与前项检索雷同；有8件仅在证据或者非罪事实描述中涉及“汽车租赁”，与汽车租赁诈骗犯罪无关；有13件包含汽车租赁诈骗犯罪。两项合计，共得到有研究价值的裁判文书47件。2011年8月9日笔者最后一次重复上述检索过程，均未发现有新增案例。本文所选取之样本，主要特点如下。

(1)就合同的主体而言，除一件的被告人为单位外，其余均系自然人被告；相对人(即车辆出租人)由汽车租赁企业、非汽车租赁企业、性质不明的单位、公民个人构成。

(2)就合同的形式而言，有书面合同和口头合同两种形式，其中从企业或者单位租赁汽车的基本上都采用了书面合同的形式。

(3)从样本的时间跨度看，时间最早的是2001年，时间最近的是2010年。各年度数量并不均衡，时间越近的年份数量越多。

(4)从定性上看，有34例定合同诈骗罪，有13例定诈骗罪。其中有相当一部分行为的客观方面相同，但罪名相异。

(5)从样本的省市分布看，北京11例/1例；广东6例/1例；福建4例/0例；江苏3例/0例；河南2例/2例；宁夏1例/1例；上海1例/1例；海南1例/1例；重庆1例/0例；安徽1例/0例；新疆1例/0例；陕西1例/0例；广西1例/0例。①

下文所引案例均出自中国法律检索系统/司法案例库，故只注明案件裁判文书的名称和文号。

二、合同诈骗罪以及合同概述

合同诈骗罪是特殊诈骗犯罪之一型，以合同为犯罪构成的标志性要件，一般认为以此可区别合同诈骗罪与其他各类型诈骗犯罪。但在贷款诈骗罪、信用证诈骗罪、保险诈骗罪等犯罪中，往往也会将“合同”作为犯罪手段，使看起来清晰的界限变得模糊起来。正确认定罪名，还必须辅以对犯罪对象的考察，必须追溯与特定罪名紧密联系的上游法域——即该罪名具体渊源。这提示我们，并不是全部以“签订、履行合同”为诈骗手段的诈骗犯罪均以合同诈骗定罪。当具体犯罪行为与某一特定法域具有亲缘关系，并且刑法为其设定了独立罪名时，即构成了排除合同诈骗罪适用的合理根据。

---

① 定合同诈骗罪的例数/定诈骗罪的例数。

合同诈骗罪规定在《刑法》第三章“破坏社会主义市经济秩序罪”之第八节“扰乱市场秩序罪”中。[①]有学者直接以同类客体来指称之，强调对市场秩序的扰乱：“刑法规定本罪，是为了保护市场秩序与对方当事人的财产”；[②]也有学者着眼于本罪的直接客体，主张：“本罪的客体，是复杂客体，包括国家对经济合同的管理秩序以和公私财产所有权”；[③]还有学者持同类客体与直接客体并重的难点，认为“本罪的客体，包括国家的合同管理制度和市场交易秩序以及公私财产所有权”[④]。虽然侧重点和表述方式有一定差异，但无一例外地重视市场秩序与合同的关系，强调只有与市场秩序有关联的合同才能成立合同诈骗罪。这是值得重视的，因为它为我们提供了判别合同诈骗罪所关涉的“合同”与一般合同的基本原则——与市场秩序无关的合同均与合同诈骗罪无涉。

问题在于如何恰当地指出与市场秩序有关的合同，使之清楚地区别于其他合同。人们最容易想到的是经济合同这一概念。但自从《经济合同法》被废止，这一概念了在法律体系中地位，仅在学说和理论上被使用，一直存在的认识分歧也并未消解。要求经济合同法承担面临界分作用，难免有些勉为其难。笔者认为，引人商事合同或许是妥当的办法。一来，商事合同是与民事合同相对应一种合同，商事合同与市场有直接关联，可以较好地体现出行为的市场性特征；二来，商法在许多国家都经历了长期的发展，有丰富的域外经验可供我们借鉴。“商事合同是指商事主体之间、商事主体与非商事主体之间发生的商品货币关系的法律形式，它是平等的商事主体之间、商事主体与非商事主

---

① 《中华人民共和国刑法》第 234 条规定：“有下列情形之一，以非法占有为目的的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人的财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：(一)以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；(二)以伪造、变造、作废或者其他虚假的产权证明作担保的；(三)没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；(四)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；(五)以其他方法骗取对方当事人财物的。”

② 张明楷：《刑法学》(第 2 版)，北京：法律出版社，2003，第 663 页。由于张明楷教授主张法益理论，故其在对合同诈骗罪的表述中未使用犯罪客体的概念，但所引内容与通说中的犯罪客体相当，可以认为是对合同诈骗罪的犯罪客体的概括。在其阐述时指出：“合同是市场经济活动的重要手段，利用经济合同骗取对方当事人的财产，使人们对合同这种手段失去信赖，从而侵犯了市场秩序。”

③ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京：高等教育出版社，2000，第 459 页。

④ 孙国祥、魏东昌：《经济刑法研究》，北京：法律出版社，2005，第 5 页。

体之间，为实现一定的经济目的，明确相互权利义务关系而订立的协议。"[1]商事合同是合同之一型，除了具有合同的一般特征外，还具有其自身的特点：一是商事合同至少有一方是商事主体，一般为企业法人或其他经济组织；二是订立商事合同的目的是为了获取经济权利或者利益，这使之区别于一般民事合同；三是商事合同是双务合同，强调有偿性和权利义务的对等性。[2]毫无疑问，商事合同的这些特征就是我们对其地位肯认的通行证。以此为基础来审视一些观点，其效果就能够得到充分的体现。

处理问题，特别是处理法律问题，仅仅有明确的原则是不够的，还有赖于具有可操作性标准。这样，才能保证法律的正确统一适用，原则也才能够得到一以贯之的坚持。由于市场秩序是合同诈骗罪的犯罪客体之一，有必要从认识市场入手。市场的原始意义是进行商品交换的相对固定的场所。虽然市场的原始意义在日常生活中仍具活力，但在规范表达的语境中，市场经常将与商品经济挂钩，被认为是商品流通领域一切商品交换活动的总和。两相比较，后者并不包括那些一般性的简单商品交换，强调市场的主体性和交易对象的商品性，因而更加注重市场的公平、公正和诚信问题。因为只有如此，市场才能存在和发展，其合理配置资源、方便社会生活的功能才能得到充分体现，这就是市场秩序。市场秩序依赖市场规则来确定和维护，通常以法律法规、行业规范等形式表现出来的。《合同法》中具有规范市场作用的内容，都是市场秩序的渊源。满足于市场的原始意义，对于解决在合同诈骗罪中的"合同"的性质意义不大。还应当明确的是，并不是所有参与市场活动的人都是市场主体，"近代商法所规定的商人的概念，都是为了将商人与民事主体区分开来，将商人作为一种特殊身份看待。"[3]其特殊性表现在三个方面：一是商人身份的获得具有特殊性，公民的民事主体资格始于出生，而商人的资格取得大都始于许可或者登记；二是商人所进行的是资本经营行为，基于其行为的特殊性而受到法律的特殊规制，使其有别于一般民事主体；三是商人责任的特殊性，包括契约的无过错责任和众多连带责任的规定。[4]一般说来，商人的商行为被认为是市场行为，具有市场属性。这就给我们判断哪些合

---

①② 赵中孚主编：《商法总论》(第4版)，北京：中国人民大学出版社，2009，第151页。

③ 徐学鹿、梁鹏：《商法总论》(修订版)，北京：中国人民大学出版社，2009，第301页。

④ 同上书，第302页。笔者认为，第三点在我国尚无充分体现，部分地与民商合一的法律制度有关。虽然没有明确承认商人的地位，但从一些法律的规定看，对商家的要求也与一般民事主体有所区别。

同应当归合同诈骗罪调整提供了判断标准：其一，合同的主体必须是商人，即市场活动主体；其二，合同的内容必须是商事经营活动，在法律未加明确的情况下应以社会公认为标准加以判断。能够满足这两个条件的，即应认定为合同诈骗罪中的“合同”；不能完全满足这两个条件的，则不应以合同诈骗罪加以评价。

三、合同形式对定性的影响

合同的形式指合同的外在表现。虽然在一定情形下，合同的形式会对合同的效力产生影响，一般不会影响合同的性质。关于口头合同能否成为合同诈骗罪中的“合同”，理论上一直聚讼纷纭，争论不休。有论者从证据收集、合同诈骗罪与普遍诈骗的区别的角度出发，认为合同诈骗罪中的合同仅限于书面合同，而不包括口头合同和其他形式的合同。①也有论者持完全相反的态度，认为“口头合同只要符合了犯罪客体的要求，体现交易主体之间的市场交易关系，就应当承认其具有本罪犯罪手段的合同性”。②实务部门对这一问题的态度如何呢？

[案例 1]2007 年 12 月至 2008 年 10 月，被告人闫德生为了获取非法利益，在明知自己没有履行能力的情况下，与被害人田凤涛、王玲等共计 21 人订立口头合同，租赁轿车 22 辆，从被害人连玉功等人处骗购轿车 6 辆，然后又以许诺高息的方式，将涉案车辆非法质押给张某某、刘某某、郭某某等人，套取巨额资金后，将涉案款项高息转借他人或用于个人投资，案发后公安机关已追回轿车 8 辆。法院最终以合同诈骗案定性。③

笔者认为裁判文书对口头合同的态度是正确的。④一是于法有据，我国《合同法》第 10 条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”赋予了口头合同、其他形式的合同与书面合同同等的法律地位；二是与理相合，合同的市场属性是由合同的内容和合同的主体决定的，合同的形式不具有决定性作用。有学者认为，利用合同

① 肖中华：《论合同诈骗罪认定中的若干问题》，载《政法论丛》，2002(2)；蔡刚毅：《析合同诈骗罪之合同》，载《人民检察》，2000(3)。

② 孙国祥、魏东昌：《经济刑法研究》，北京：法律出版社，2005(1)：561。

③ 参见河南省郑州市中级人民法院刑事裁定书(2009)郑刑一终字第 551 号。

④ 笔者对此起犯罪的定性是持有异议的，容当后论。

进行诈骗犯罪时都应以合同诈骗定性，其基本理由是《合同法》[1]所含摄的全部范围都与市场秩序有关。[2]此观点的长处有二：一是使刑法中的"合同"与《合同法》的规定相协调，保持了我国法律体系下"合同"概念的一致性；二是可操作性强，足以避免合同诈骗罪司法适用的识别困境。但也有致命的缺陷，即"《合同法》所含摄的全部范围都与市场秩序有关"的主张过于武断，依据不足。《合同法》第 2 条规定："本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。//[3] 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。"其中自然人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议——即合同，并不必然与市场秩序有关，通常表现为民事内容明显的普通合同。一概评价为"与市场秩序有关"失之宽泛，与合同诈骗罪的立法宗旨不合。邻里之间以一袋玉米换一筐土豆的约定无疑是一种合同关系，当一方以欺骗手段占有对方财物但并不支付对价时，显然不应以合同诈骗定性，因为此行为不属于常规意义上的"市场行为"，也与市场秩序没有直接关系。很显然的是，合同诈骗罪中的"合同"并不是《合同法》所规定的全部合同，只与其中的一部分合同有关——即属于商事合同的那一部分合同。

当合同的主体和合同的内容满足了前述两项标准的时候，我们没有理由否定它仍然是商事合同。虽然在实践中，口头形式、默示形式可能会因为无法有效固定而有若干不便，但并不会改变合同的性质。商事行为是最具市场特征的经济行为，对商事行为有危害的行为必定会对市场秩序造成扰乱。这是我们确定合同诈骗罪中的合同范围所应当坚持的原则。笔者认为，那种以合同形式来取舍的主张是不足取的。在人们对口头合同争执不休，但对书面合同得入合同诈骗罪颇为一致的背景下，出现了一些令人感到意外的判决。

[案例 2]2006 年 7 月，被告人刘觅从海南新干线自驾旅游服务有限公司租赁(签有租赁协议)一辆东风雪铁龙凯旋汽车后，拆掉该车的车牌，伪造了薛玲莉的身份证和薛玲莉购买汽车的发票。同年 7 月下旬的一天，被告人刘觅、王海平通过陈起敬联系到邓荣禄，对邓谎称该车是其新买的，还没有办理入户手续，因资金周转困难需将该车抵

---

① 即《中华人民共和国合同法》。如无特别注明，本文引用中华人民共和国的法律时，均采用形式表述。

② 莫洪宪、曹坚：《论合同诈骗罪的几个问题》，载《中国刑事法杂志》，总第 47 期。

③ "//"：未款际符号，在本文中用来标识所引法律条文之款或项之分界。

押借款，骗取邓的信任，后在海口市龙昆南路南大桥旁的上岛咖啡店门前将该车抵押给邓荣禄，骗取邓人民币 10 万元。同年 9 月 15 日，海南新干线自驾旅游服务有限公司发现该车被抵押后，将该车追回。[①]

被告人用书面合同的形式向汽车租赁公司承租汽车，然后伪造手续予以销赃，非法占为己有的目的非常明确。完全符合合同诈骗罪的构成要件，而且十分典型，为什么会以诈骗罪定性呢？该判决的论理部分写道："刘觅以非法占有为目的，采取虚构事实、隐瞒真相的方法，租赁车辆后，伪造相关车辆证件手续，抵押借款，骗取对方当事人财物共计 77.4 万元，其行为已构成诈骗罪，且诈骗数额特别巨大……"[②]从文书的表述看，审判人员的注意力完全集中在用汽车骗取现金这一点上，忽视了被告人的诈骗行为始自向汽车租赁公司租赁汽车这个更为重要的情节。被告人的租赁汽车的行为构成了合同诈骗罪，将车辆抵押变现的行为成立诈骗罪。根据法条竞合理论，在法条竞合时应优先适用特殊法条。合同诈骗罪与诈骗罪之间比较，前者显然是特殊法条，自然应优先适用。所以本案的定性是不正确的。

四、合同主体对定性的影响

合同的内容，即合同是否能够定性为商事合同，对于行为的定性是十分关键的。在[案例 1]中，虽然在合同的形式问题上，法院的意见正确，但定性并不妥适，即定性出现了偏差。问题出在对合同主体的忽视。类似的案例在样本中不止一个。

[案例 3]2007 年 3 月 30 日，被告人林华东从车主蓝跃文处租赁闽 DQ8378 号威乐轿车(价值 73 846 元)。同年 4 月 21 日，林华东以该车作质押向吴洪借款 30 000 元。同年 5 月 1 日，蓝跃文垫付 8 500 元给吴洪后才将该车收回。林华东至今未向吴洪偿还其余款项。[③]法院对租车行为是以合同诈骗罪定性的。

[案例 1]和[案例 3]中，合同双方当事人都是自然人对自然人，他们是不是适格的市场主体呢？根据前述商事合同的定义，答案是否定的。商事合同的一个重要特征是至少合同的一方是商人，即符合法律法规规定的市场主体。根据汽车租赁市场管理规定，未经许可和非法

---

① 海南省海口市中级人民法院刑事判决书(2007)海中法刑初字第 42 号。

② 同上，被告人刘觅以同样方法骗租汽车 5 辆。

③ 福建省厦门市中级人民法院刑事判决书 (2008)厦刑初字第 45 号。

人单位不得从事汽车租赁业务，自然人当然不能成为汽车租赁业务的适格主体。故合同当事人之间所进行的车辆租赁行为，应当评价为一般民事行为，虽然汽车租赁这一内容貌似商事行为，但其本质上还民事合同，不应以合同诈骗罪定性。

[案例4]2009年9月9日，被告人杨勇与山阳县“中联汽车租赁公司”签订合同，以月租金4 500元的价格租赁“北京现代伊兰特”轿车一辆，被告人预付租金1 000元后将车开走。当月22日，被告人将该车以15 000元抵押给他人，并签订了抵押协议。其中3 000元打款给“中联汽车租赁公司”，其余供自己花用。随后，被告人既未向“中联汽车租赁公司”按期还车，也未续租车辆并交纳租金，并换掉手机号码逃匿。经鉴定，车辆价值为81 540元。[1] 此案以合同诈骗罪定性。

[案例5]2008年3月份，被告人暴嘉先后与郑州市某汽车租赁公司签订租赁合同，租赁丰田卡罗拉轿车一辆、北京现代伊兰特轿车一辆、桑塔纳3 000型轿车一辆，租赁期限均为一个月。被告人暴嘉明知租赁车辆不能抵押，将租赁车辆先后抵押给被害人魏某某，从而骗取借款15万元。[2] 此案以诈骗罪定性。

两个案例都签订了书面汽车租赁合同，都是自然人从汽车租赁公司租赁汽车，非法占有的目的均足以认定，但在定性上确出现了偏差。笔者认为，前者的定性是正确的，而后者的定性是不正确的。两个汽车租赁公司均有汽车租赁从业资格，主体适格，同时，汽车租赁这一合同内容也是典型的商事法律行为，所以其与被告人签订的合同属于商事合同，符合合同诈骗罪的形式要件。那种认为被告人为自然人，其与作为商人的租赁公司签订汽车租赁合同时，由于一方为商主体而一方不是商主体，双方所签订的合同不属于商事合同的主张是不正确的。商事合同并不要求合同当事人均为商主体，只要一方为商主体即为商事合同。应当注意的是，具有法人资格的企业并一定具有汽车租赁从业资格，因为这一资格的取得还需经过许可。在实践中要注意区分。

[案例6]2006年，被告人黄伟明以非法占有为目的，以每月租金人民币5000元的价格，与广州联合汽车有限公司签订了标的为粤ABU137号广州本田雅阁型小型汽车的租赁合同。后被告人黄伟明以

① 陕西省商洛市中级人民法院刑事裁定书(2010)商中刑二终字第21号。

② 河南省郑州市中级人民法院刑事裁定书（2009)郑刑二终字第484号。

该车作担保，借款 15 万元，赃款已花去。[①]

一般而言，市场主体资格依其经营内容的不同，可分为许可制和任意制两种。前者指国家根据行业特点，规定从业者需要经过一定的审批程序才取得主体资格的情形，未经准则不能从事此项经营；后者指某行业完全对公民开放，由公民依意思自治原则自由决定是否从事经营活动，国家不加干预的情形。就汽车租赁行业而言，在其 20 世纪 80 年代刚刚兴起的时候，国家并没有对从业资格的规定与限制，基本上处于对公众开放的状态。随着汽车租赁行业的进一步发展，国家强化了对汽车租赁市场的管理与规制，出台了《汽车租赁业管理暂行规定》(1998 年 4 月 1 日起施行)，[②] 对汽车租赁的从业资格实行行政许可制，从业者必须进行相应登记并取得法人资格。一些省市和规模较大城市也制定了相应的地方性规定。如北京市出台了《北京市汽车租赁管理办法》，[③]大连市出台了《大连市汽车租赁管理规定》。[④]这表明，汽车租赁行业经历从自由进入过渡到许可制的发展过程。在自由进入时期不存在主体问题，但在许可制的背景下经营主体的适格问题就很重要。因为只有经过批准的单位，才能取得汽车租赁行业主体资格，其据此开展汽车租赁业务的行为才是市场行为。对于那些没有取得汽车租赁主体资格的个人或者单位，偶尔将自有车辆租赁给他人使用的行为，虽然受合同法的保护，但这种行为只是单纯的民事法律行为，不仅与汽车租赁市场无涉，与市场秩序更不搭界。判决书[案例 6]的定性也

---

① 广东省广州市中级人民法院刑事裁定书(2008)穗中法刑二终字第 800 号。

② 2007 年底，交通部部长李盛霖签发了当年第 9 号部令，公布了《关于废止 47 件交通规章的决定》，其中包括《汽车租赁行业管理暂行规定》。但有关文件同时指出，《汽车租赁行业管理暂行规定》废止后，关于汽车租赁企业的管理工作是否需要纳入交通行业管理以及如何管理，应当依据地方性法规或者政府规章执行，如果所在地方尚未制定相关地方性法规或者政府规章，则应当尽快转变交通主管部门的相关管理职能，将管理切入点由资格准入管理转变为对经营性运输车辆的管理。在一定程度上授权地方政府采取相应措施予以应对，并非取消了对汽车租赁市场的管理。

③ 《北京市汽车租赁管理办法》(2003 年 1 月 1 日生效)第 10 条规定："申请经营汽车租赁的，应当持相关材料向市交通行政主管部门的市区管理机构和远郊区县交通行政主管部门提出书面申请，市交通行政主管部门应当在受理申请之日起 25 个工作日内作出审查决定；对于准予经营的应当颁发经营许可证件，对投人运营的车辆颁发租赁车辆证件，申请者持经营许可证件依法办理相关手续后，方可经营。"

④ 《大连市汽车租赁管理规定》(2010 年 10 月 1 日起施行)第 6 条规定："汽车租赁企业应当依法设立，并取得所在地道路运输管理机构为所投入出租的车辆本性的车辆营运证。//从事汽车租赁中介的机构或者其他组织应当依法设立，并到所在地道路运输管理机构办理备案手续，其中从事个人非经营车辆有偿用于婚礼服务中介的，还应当取得道路运输管理机构为所中介的车辆配发的专用标志。"

有问题，认定为合同诈骗罪是正确的选择。由于审判机关在整体上忽视了主体问题，还导致了案件定性对错难辨的情况。

[案例 7]被告人赵建军于 2005 年 9 月 14 日、15 日，分别与北京京顺驰汽车俱乐部签订汽车租赁合同，租用该俱乐部红旗牌轿车 1 辆(车牌号为京 GW4548，价值人民币 8 万元)、风神蓝鸟牌轿车 1 辆(车牌号为京 FV2444，价值人民币 11.8 万元)，后将 2 辆车抵押给他人。于 2005 年 9 月 26 日，与北京久诚信汽车服务有限公司签订汽车租赁合同，租用该公司桑塔纳牌轿车 1 辆(车牌号为京 EY2165，价值人民币 5.5 万元)，后该车经王贵林抵押给他人。①

相对方为“京顺驰汽车俱乐部”和“久诚信汽车服务有限公司”。从单位的字号上，我们不能悉知其经营范围，裁判文书也未通过证据来揭示。结果是人们不能确定该公司是否具有汽车租赁资格，进而无以评价其定性是否妥当。事实上，有大量的裁判文书都没有关注这个问题，并未将查明出租单位的资格作为重点，甚至根本不提及。这反映出实务部门在对法律的理解和把握上存在偏差，在一定程度上削弱了法律的严肃性和严谨性。

[案例 8]被告人刘占军于 2003 年 4 月 25 日设立鹭缘公司，注册资金 100 万元(后于 2005 年增资至 801 万元)，主要经营范围为会议服务、汽车租赁、省际(旅游)包车客运等。公司资金均由刘占军出资，并由刘占军担任法定代表人；其他股东虽多次变更，但均为挂名股东，未实际出资。鹭缘公司自成立以后，均由刘占军负责公司的经营管理，公司资产与刘占军个人资产持续混同。根据鹭缘公司向税务部门提交的财务报表体现，该公司 2006 年度为亏损 26.6 万元，2007 年度为亏损 89.45 万元。

2007 年 1 月至 6 月间，被告人刘占军在鹭缘公司经营不善、公司与其个人均负债累累的情况下，以鹭缘公司名义，通过提供车辆、房产给金原公司、市担保公司作为反担保抵押物的方式，获得该两家担保公司为鹭缘公司向厦门国际银行、厦门市商业银行借款(三笔合计 1000 万元)提供担保。期间，刘占军在反担保资产不足的情况下，通过伪造机动车登记证的方式虚增抵押车辆，并在挂靠鹭缘公司名下经营的车辆的实际所有人不知情的情况下，提供挂靠车辆(计 46 辆)作为反担保抵押物，从而骗取该两担保公司为鹭缘公司提供贷款担保。

2007 年年底，刘占军离开公司并逃离厦门，鹭缘公司停止经营，

---

① 北京市朝阳区人民法院刑事判决书(2007)朝刑初字第 01730 号。

两担保公司合计为鹭缘公司向银行代偿 953.2594 万元，扣除以鹭缘公司自有车辆及 3 套房屋设定的反担保抵押（抵押协商价值合计为 696.244 万元），并考虑部分车辆下落不明及抵押物的变现费用等因素，给两家担保公司造成的损失至少为 257.0154 万元。[①]

本案涉及两个法律关系，一是提供虚假担保物的诈骗行为，一是对租赁的汽车非法处置的诈骗行为。法院判决书中以合同诈骗罪对全案定性，而未对两个法律关系加以区分，应当是考虑到两行为之间具有牵连关系。虽然虚假担保显系判决书的重点，但为了说明问题，笔者只对后者加以解析。根据商法理论，商事法律行为可以分为基本商事法律行为和附属商事法律行为。前者指在同一商事营业内直接以营利性交易为内容的商事法律行为；后者又称为辅助商事法律行为，指在同一商事营业内虽然不具有直接营利性的内容，但却能起到协助基本商事法律行为的辅助作用。[②]与前面所举的案例不同，本案中承租方为单位，出租方为自然人。汽车租赁从业者租赁自然人的汽车用于经营活动的行为，是否属于市场行为呢？《北京市汽车租赁管理办法》第 9 条规定了租赁车辆的要求，亦未明确必须是经营人所有的车辆。[③]同时，也没有其他法律法规禁止汽车租赁经营者租赁自然人的车辆用于经营，而且这一行为有助于其汽车租赁业务的开展，固应将这种租赁行为视为合法，并且定义为市场行为。

通过 47 起案件的分析研究，可以发现这类案件存在严重的定性不准问题，即包括应认定为合同诈骗的案件认定为诈骗罪，也包括应当认定为诈骗罪时认定为合同诈骗罪的情况。在不同法院间出现相同案件不同处理的现象。同时发现，问题的关键在于审判机关对“合同”把握不准、对法条竞合处理不当。笔者认为，在司法实务上应当坚持以市场秩序为基本的原则，坚持合同内容和合同主体两个标准。这个判断标准不仅有益于汽车租赁诈骗案件的处理，对于正确适用合同诈骗罪也是十分有益的。

---

① 福建省厦门市中级人民法院刑事判决书(2009)厦刑初字第 18 号。

② 赵中孚主编：《商法总论》(第 4 版)，北京：中国人民大学出版社，2009，第 150 页。

③ 《北京市汽车租赁管理办法》第 9 条：“租赁车辆应符合下列要求：(一)车辆技术状况等级为一级；(二)行驶和运营的牌证齐全有效；(三)按国家规定办理保险；(四)符合本市规定的机动车污染物排放标准；(五)属于客运车辆的，应当安装防盗设备。”交通部《汽车租赁行业管理暂行规定》第 16 条规定：“凡不是租赁经营人所属车辆、未办理汽车租赁业合法经营手续的车辆，一律不得用于租赁。”亦未明确必须是经营人所有的车辆。

正当维权与诈骗、敲诈勒索犯罪界限辨析

——从黄静华硕案说起

罗　猛[*]　许永俊[**]

在经济领域中，一些因为产品而产生的纠纷不时发生，行为人的行为是属于正当的维权行为还是诈骗、敲诈勒索类犯罪，是应该由民事法律关系来解决还是由刑事法律关系来解决争议很大。前两年，在北京乃至全国都产生一定影响的黄静与华硕电脑公司因为购买的华硕笔记本电脑而产生的纠纷案件就是其中的一个著名案例。

该案例的基本案情就是：2006 年，当时在首都经济贸易大学读大三的黄静买了一台华硕笔记本电脑。据黄静方面介绍，这台电脑使用出现问题，后经检测是使用了测试版处理器，黄静代理人周成宇向华硕索赔 500 万美元。华硕后以敲诈勒索理由报案，后公安机关以黄静、周成宇涉嫌敲诈勒索罪立案侦查。

黄静的行为属于正当维权行为还是有预谋的敲诈勒索争议较大，鉴于近几年来索要天价赔偿的维权行为时有发生，对此类行为是认定为正当维权还是诈骗、敲诈勒索类犯罪，理论界和实务界都有不同意见，笔者拟结合黄静与华硕公司的笔记本纠纷案情，对维权与犯罪的界限进行分析。笔者认为，一个行为属于正当的维权行为还是犯罪行为，可以从以下几个方面进行区别。

第一，权利基础是否正当。

亦即销售商品者是否因为产品瑕疵而对商品购买者造成了侵害，购买者因为这些产品有瑕疵可以对销售商品者进行索赔等维权行为，行为人维权的基础条件是正当的。如果黄静案如华硕公司所言，黄静所购买的笔记本的 CPU 是没有问题的，而黄静对于购买的笔记本更换了 CPU，则其维权的基础不具有正当性，对其行为可以诈骗处罚。如果黄静是基于购买的华硕笔记本的 CPU 存在着瑕疵而进行维权，则其维权行为的基础具有正当性。当然，有人会问，购买者如果是明知销

[*] 北京市海淀区人民检察院反贪局副局长，法学博士，博士后。

[**] 北京市海淀区人民检察院民行处处长，法学博士。

售商的商品有瑕疵而予以购买，基于商品的瑕疵向销售商索赔，其权利基础是否正当，笔者的观点是，此行为人的维权行为的基础是正当的，他是因为商品本身所具有的瑕疵而进行的索赔行为，其维权的权利基础是正当的。但是，权力基础正当不意味着其之后的所有行为当然都具有正当性，还要看其维权的方式是否正当来确定其行为属于正当维权行为还是犯罪行为。

而从本案的证据来看，黄静向华硕公司索要赔偿的权利基础是否正当，很关键的问题就是华硕的笔记本电脑的 CPU 是否被更换，该笔记本是否更换了 CPU，还得由公安机关来进行侦查，如果经调查，可能出现三种情况，黄静购买的 CPU 没有更换，或者 CPU 已经被更换，或者在目前的情况下已经无法查清，如果无法查清，则根据疑罪从无的原则，认定黄静的辩解属实，其行为是正当的维权行为。

第二，购买商品的目的是否正当。

诈骗或敲诈勒索等犯罪都属于侵犯财产犯罪，行为人对于获取对方的财物具有非法占有的目的，而正当维权行为人购买商品的目的一般是为了正常的消费。如果行为人购买商品的目的是骗取商品销售商赔偿财物，进而实施了骗取对方行为，使得对方由于欺骗行为引起的错误而交付了财物，应该将其行为认定为诈骗罪。如果行为人明知对方的商品具有瑕疵而购买其商品，意欲凭此财物从对方获得数额较大财物，则其行为目的不具有正当性，但是其凭借购买的瑕疵产品实施了要求销售商予以赔偿的行为如何认定则争议较大，笔者认为，在购买瑕疵商品索赔获利的不正当目的驱使下，行为人采取的是国家法律法规规定的方式进行索要赔偿，比如消费者权益保障法中所规定的“假一赔二”的要求进行索赔，则不宜将此种行为作入罪处理，因为，销售商或者生产商的商品本身有瑕疵，其销售瑕疵商品就是损害购买者权益的行为，其“假一赔二”的赔偿数额也是在国家法律法规规定的范围中，而且购买者即使购买目的不正当，其索赔的数额也没有侵害销售商的利益。只有在行为人既具有不正当目的，同时又采取了国家法律法规规定之外的方式，甚至采取一些威胁、暴力的方式，则对此种行为应该作入罪处理；而如果购买者采用索赔方式是正当的，比如与销售商谈判、向消费者协会投诉或者向法院提起民事赔偿诉讼等，即使购买者索要的数额超过了国家规定的赔偿数额，由于其采用的程序是正常的途径，销售商、生产商完全可以根据法律方式进行抗辩，由有权作出裁决的第三方来作出赔偿的数额，则对于购买者的此种行为不能认定为犯罪；只有在购买者采用不正当的方式以及索要的数额超过

了其应该得到的赔偿时，才可能涉及犯罪的问题。

在黄静案中，黄静采用了龙思思的假名购买了电脑，而其让华硕公司开具的发票上的付款单位“北京大学生物技术研究所”也系虚假不存在的单位，这是否就可以认定黄静具有不正当目的呢？笔者认为，由于我国对于购买商品者是否必须以真实身份购买并开具发票没有明文规定，虽然黄静购买华硕笔记本采用虚假身份的方式值得怀疑，但是如果没有其他证据证明其购买笔记本的目的，仅凭以上虚假身份难以证明其购买目的的不正当性，从疑罪从无的原则出发，在法律上只能推动其行为目的具有正当性。

第三，索要的方式是否正当。

索要的方式是区别购买者索赔行为属于正当维权还是犯罪的极为重要的方面，也是争议最大的地方。索要的方式有两种，一种是正当方式，亦即法律法规规定的索赔方式，如与销售商谈判、向消费者协会投诉、向仲裁机构提起仲裁或向法院提起民事赔偿诉讼等，还有一种是不正当方式，如实施一定的暴力、以暴力相威胁或骗取方式等。如果购买者在不具有正当目的或者索要的权利基础不正当的情况下，采用了不正当的方式进行索要，则此类行为应该按照犯罪处理。

实践中争议较大的就是，如果购买者具有正当的目的且索要的权利基础正当，但是采用了不正当的方式进行索要，比如，行为人对于对方所欠自己的债务采用恐吓、暴力等方式进行索要，又如商品购买者因为自己购买了不合格的商品向对方索赔时采取了恐吓、暴力的方式，对以上情况能否认定为犯罪呢？日本刑法对此研究较多，主要有以下三种学说，一是无罪说，认为具有正当权利的人，即使采用胁迫手段实现权利，也不宜认定为犯罪。二是胁迫罪说，认为刑法设立财产犯罪的目的是为了保护私法上的权利关系，既然行为人具有接受对方交付的财物的权利，则不成立财产犯罪，但是，其行使权利的手段超出了法律所允许的范围，故成立胁迫罪。三是敲诈勒索说，即行为人使用了胁迫手段，使得他人基于恐惧心理而交付财物，就侵害了其对于财物的占有、使用、收益和处分权能，产生了财产上的损害，故成立敲诈勒索罪。

我国刑法没有在敲诈勒索之外规定胁迫罪，但日本的分析问题方法值得学习，笔者认为，结合我国刑法基本理论的规定，对以上问题应该采用有条件的无罪说，有以下两方面要进行考虑，第一，考察双方之间的权利义务是否具有确定性。(1)双方之间的借贷关系明确，购买商品后因为产品的瑕疵赔偿数额双方认可或得到了有权第三方的确

认，则双方之间的权利义务确定；(2)双方之间的侵害行为确认，但是赔偿数额没有确定；如肇事司机将受害者伤害致残，这样的侵害行为一目了然，但是应该赔偿多少数额双方存在着争议；(3)双方之间是否发生了侵害行为没有确定。第二，索要的方式是否正当，如果双方的权利义务确定，或者侵权行为确定，只是赔偿数额没有确认，行为人为了维护自己的合法权益，采用了某种手段要求对方交付财物，这里的索要手段要进行区分。(1)从手段的强弱上来讲，由于行为人具有要求对方给付的权利基础，所以这里的索要手段可以超出正常的索要手段，但也仅仅是超越社会一般观念所能容许范围的言语进行胁迫的手段，如果其索要手段已经严重的损害到对方或者亲属的人身自由安全，比如当场立即以暴力相威胁或者采用拘禁的方式索要赔偿，则应该以抢劫罪或者非法拘禁罪进行处罚；(2)从采用手段的对象上来看，如果行为人针对的对象是财物而非行为人，比如为了追回自己的合法债权而盗窃了债务人的财产，则不宜认定为犯罪，如果行为人针对的对象是对方的人身自由安全健康，则这样的行为应该认定为犯罪，只是在处罚上可以从轻。如果双方之间是否存在着侵害行为都还存在着争议，而行为人采用超出社会一般观念所不允许的手段或者法律法规规定的途径，比如威胁、采用暴力胁迫、拘禁等方式，则应该以犯罪论处。

具体到黄静案中，黄静的索要赔偿的方式是采取了言语威胁的方式，威胁的内容就是如果华说不赔偿其 500 万美元，其将华硕笔记本电脑的产品缺陷公之于众，笔者认为其采取的言语威胁和将产品缺陷公之于众的方式等都没有超出社会一般观念所能容忍的范围，虽然其索要 500 万美元的赔偿确实是一个天价，超出了社会的一般概念，但是，由于黄静并没有采取非法的方式来进行索要，华硕公司完全可以采用正当的手段抗拒黄静的索赔请求。

当然，由于笔者对于此案的细节并不完全了解，媒体公布的也只是黄静本人的一面之词，要想对于黄静案得出一个准确的法律结论，还必须建立在对此案较为全面的了解证据的基础上，本文也仅仅结合基本法理对于此案的三个方面作出简单的判断，重点在于对正当维权和犯罪的界限进行辨析。

［Ｇｅｎｅｒａｌ　Ｉｎｆｏｒｍａｔｉｏｎ］
书名＝经济领域中诈骗犯罪司法疑难问题
作者＝赵秉志主编
页数＝４５３
出版社＝北京市：北京师范大学出版社
出版日期＝２０１２．０５
ＳＳ号＝１３０８６９９９
ＤＸ号＝０００００８２８５４３６
ＵＲＬ＝ｈｔｔｐ：／／ｂｏｏｋ．ｓｚｄｎｅｔ．ｏｒｇ．ｃｎ／ｂｏｏｋＤｅｔａｉｌ．ｊｓｐ？ｄｘＮｕｍｂｅｒ＝０００００８２８５４３６＆ｄ＝Ｂ４２０ＦＡＣＡ７Ｂ８７ＤＡ６ＥＢ９３ＦＣＥ１Ｃ２７３６８７４７